

المطوّل في القانون المدني

مفاعيل العقد
أو آثاره

CP



المطول في القانون المدني
مفاعيل الحق
(أو آثاره)

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
2000م - 1420هـ

«Ouvrage publié avec le concours du Ministère français
chargé de la culture – Centre national du livre»

م
المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

بيروت - الحمراء - شارع اميل اده - بناية سلام - ص.ب: 113/6311 لبنان
هاتف: 01/802428 / 7911234 - (01)220924 - فاكس: 01/801654
المسقط - شارع بلرودي - بناية طاهر - هاتف: 311310 - 301030 (01)

المطوّل في القانون المدني

بإشراف جالك غستان

مفاعيل العقد أو آثاره

تأليف

جالك غستان

بالتعاون مع

كريستوف جامان ومارك بيرو

ترجمة

منصور القاضي

مراجعة

د. فيصل كلثوم

استاذ في كلية الحقوق - جامعة دمشق

م المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

هذا الكتاب ترجمة

TRAITÉ DE DROIT CIVIL

Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques
(Prix DUPIN Aîné, 1889)

Sous la direction de Jacques Ghestin

LES EFFETS DU CONTRAT

2^e ÉDITION

JACQUES GHESTIN

Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Avocat à la Cour

avec le concours de

CHRISTOPHE JAMIN

Professeur à l'Université de Lille II

MARC BILLIAU

Maître de conférences des Universités
Avocat à la Cour

Interprétation - Qualification - Durée
Effet relatif - Opposabilité

© L.G.D.J

تقديم المترجم

هذا الكتاب هو القسم الثاني من المطوّل في القانون المدني الذي يعالج مفاعيل العقد تجاه الفرقاء في العقد وبالنسبة إلى الغير، ويقدم نظرية عصرية للعقد، وعلى وجه الخصوص لاجتهاد محكمة النقض (محكمة التمييز في لبنان).

ووضع هذا الكتاب الأستاذ جاك غيستان مشهود له في القانون الخاص ومن الأوائل في هذا المضمار، وقد اشترك معه في وضعه الأستاذان كريستوف جامان ومارك بيّو وهما بغنى عن التعريف.

ولهذا المؤلف ميزات كبيرة أهمها:

- 1 - سهولة التعبير وعمق التحليل ووضوح الفكر.
- 2 - غزارة الاجتهادات المستشهد بها والصادرة عن مختلف المحاكم الفرنسية والأجنبية، ولا سيما محكمة النقض ومحاكم الاستئناف.
- 3 - إبداء الرأي الخاص في هذه الاجتهادات، تأييداً عند الحاجة وانتقاداً إذا لزم الأمر.

- 4 - عرض آراء الفقهاء في مختلف الحقول وتحليلها وبيان الرأي فيها.
- 5 - عرض تاريخي لمختلف المبادئ والمفاهيم القانونية وتطورها ونموها وتأثيرها في التشريع والاجتهاد.

6 - انعكاس الفقه والاجتهاد على النصوص التشريعية.

- 7 - وضع المواضيع والمبادئ والاجتهاد، بالإضافة إلى الأبواب والأقسام وال فقرات، تبعاً لأرقام متسلسلة ابتداء من الرقم 1 فصاعداً، مما يسهّل الرجوع إليها عند الاقتضاء.
- إننا، واملنا إرضاء القراء وإشباع رغبتهم في التعمق في القانون المدني، بوضع هذا الكتاب القيم بتصرفهم، نوحنا إغناء المكتبة القانونية العربية بهذا المطوّل في القانون المدني العميق التحليل والوفير العلم والرفع المستوى.

توطئة

هذا المؤلف هو الثاني من مجموعة ثلاثة أقسام مكرسة للعقد وهي تكوين العقد الذي نشرت طبعته الأولى في عام 1993، ومفاعيل العقد وهذه هي الطبعة الثانية، وتلاشي العقد الذي سينشر في عام 1995، وسيعالج البطلان بشكل أساسي، بما في ذلك البطلان الجزئي ومن ضمنه استبعاد الشروط التعسفية التي يحتل مكاناً هاماً، وفسخ العقد، بما في ذلك التعليق الذي يمكن في حال عدم التنفيذ أن يسبق هذا التعليق أو يتجنبه، وأخيراً مسألة الاسترداد المشتركة بين البطلان والفسخ. والتوسع الذي عالج عدم تنفيذ العقد كان هكذا مستخرجاً من الطبعة الأولى لمفاعيل العقد لكي يندمج في الجزء يتناول الذي يتناول تلاشي العقد.

إن عرض القانون الوضعي، كما في الطبعة الأولى، هو نقطة الانطلاق. فالنصوص والاجتهادات مقدمة بما أمكن من التمام. وقد جهدنا في أن نذهب إلى أبعد من القانون الوضعي من أجل تغذية تفكير القارئ سواء أكان طالباً أو باحثاً أو ممارساً.

أما تقديم الكتاب فهو يحتفظ بالتفريق التقليدي بين الأحرف الصغيرة والكبيرة. والمقصود تسهيل رجوع مختلف المستعملين إلى المؤلف وليس ترجمة أهمية نسبة تتوقف دائماً على ما يسمى إليه القارئ. والحروف الطبيعية تتوافق تخطيطياً مع استخدام «شائع» للمكتاب. فالأحرف الصغيرة تتجاوب مع منافع مختلفة وإنما أكثر هامشية، وهي تصلح أحياناً لعرض مفاهيم بدائية أو، على العكس، لمجالات فقهية معقدة، أو توسع تاريخي، أو متعلق بالقانون المقارن، أو كذلك لتطبيقات خاصة أو أمثلة. وبالنسبة إلى الطبعة الأولى أضيفت تحاليل عديدة لأحكام حديثة صادرة عن محكمة النقض عن طريق فحص منهجي لنشرات الأحكام المدنية، في أحرف صغيرة تستخدم للاستعمال والتدقيق والتسويق في شأن الحلول المقدمة.

ولم تقتصر هذه الطبعة الجديدة على مجرد التنقيح حتى اليوم الجاري. إنها استفادت من النقاش الفقهي الذي نما حديثاً في صدد التفريق بين الفرقاء وبين الأشخاص الثالين.

وأجدد في هذا الشأن شكري للسيد Jean-Lauc Aubert (في صدد تفريق مجدد بين الفرقاء والأشخاص الثالثين، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، الصفحات 263 إلى 278) بالنسبة إلى تحليله، الموضوعي والناقد في الوقت عينه، المتعلق بالتفريق الجديد بين الفرقاء والأشخاص الثالثين الذي اقترحه في الطبعة الأولى من هذا الكتاب. وأشكر كذلك السيدة Guelfucci-Thibierge (لتوسيع مفهوم الفريق في العقد... إلى توسيع مدى مبدأ المفعول النسبي، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994، الصفحات 275 إلى 285) على انتقاداتها واقتراحاتها الجديدة. فقد تمكنا، بفضل ملاحظاتها البتاءة، من اقتراح معيار جديد للتفريق بين الفرقاء والأشخاص الثالثين ومن تصنيف جديد (الرقم 335 وما يليه).

وتتوسع هذه الطبعة الثانية أيضاً في النتائج، ولا سيما في ما يتعلق بنظامه ووضعه المعنى تجاه التفرغ الاتفاقي عن العقد (الرقم 695 وما يليه)، وهي تحدد بدقة الروابط التي توحد بين الدعاوى المباشرة ومجموعات العقود (الرقم 771 وما يليه).

إن السيد ChristoPhe Jamir الذي منعني تواضعه من إضافة مشاركته بصورة أكمل إلى الطبعة الأولى من هذا المؤلف تكرم بقبول احتلال المركز الذي يعود إليه في الطبعة الثانية. والتعاون بينه وبين السيد Marc Billiau وبيني كان وثيقاً بحيث يصعب تحديد القسم الذي يعود إلى كل واحد بالضبط فقد قررنا مثلاً أن التنقيح حتى اليوم الجاري لبعض الأقسام ينجزه أحد الذين لم يشاركوا في التحرير الأولي.

وسأكتفي بالذكر بأنني حررت في الطبعة الأولى، انطلاقاً في أغلب الأحيان من هذه المحاضرات أو تلك المتعلقة بالذكوراه، التوسع المتعلق بالتفريق والمبادئ العامة التي تسوس مقاعيل العقد بالنسبة إلى الغير، والغش البولصي، وصورية التصور والوعد بضمان موافقة الغير. وكتب Marc Billiau في الطبعة الأولى الفصلين المتعلقين بالتفسير، والوصف، ومدة العقد، ومبدأ الحجية، والعلمية القانونية والتعاقد لمصلحة الغير. كما أن السيد Christophe Jamin الذي سبق أن قبل في الطبعة الأولى تلمخيص الضروري من أطروحة حول الدعوى المباشرة لتكوين فصل هام من هذا المؤلف، قام في الطبعة الثانية بإنجاز التنقيح حتى اليوم الجاري في ما خص مدة العقد، وكذلك الغش البولصي، والصورية، والتفسير، والوعد بضمان موافقة الغير. وقد لجأنا، كما في الطبعة الأولى، إلى قراءة إجمالية ناقدة من جديد، قبالنا نتائجها، مما سارع أيضاً تماوتنا.

يبقى عليّ، لدى إثارة الصعوبة المرتبطة بالطموح الذي قد يكون مفرطاً للمهمة، أن ألتبس حلم القراء، وأن أشكر الناشر الذي أتاح متابعة هذه المهمة.

جاك غستان

التصميم العام

هناك جدول تحليلي كالعادة في نهاية الكتاب. وهدف هذا التصميم إظهار البناء العام للمؤلف

مفاعيل العقد

الباب الأول

قوة للعقد الإلزامية أو الملزمة

الباب الفرعي I

محتوى العقد

الفصل I - تفسير العقد

- القسم 1 - التفسير الذاتي والإعلاني للعقد
- القسم 2 - التفسير الموضوعي أو التكويني للعقد

الفصل II - وصف العقد

- القسم 1 - معايير وصف العقد
- القسم 2 - المنازعة القضائية في الوصف

الباب الفرعي II

مدة تنفيذ العقد

الفصل I - اختيار المدة

- القسم 1 - اختيار نقطة الانطلاق
- القسم 2 - اختيار نقطة الوصول

الفصل II - نظام العقود تبعاً لمدتها

- القسم 1 - العقود لمدة محددة
- القسم 2 - العقود لمدة غير محددة

الفصل III - إعادة النظر لعدم التوقع

- القسم 1 - التطور التاريخي
- القسم 2 - النظام القانوني

القسم 3 - محاولة تركيب

الباب II

مجال مفاعيل للعقد

الفصل التمهيدي - العموميات

القسم 1 - التفريق بين المفعول الإلزامي للعقد وحجية الدفع القانوني الذي هو مصدره

القسم 2 - التفريق بين الغرء والأشخاص الثالثين

الباب الفرعي I

حجية العقد

الفصل I - مبدأ الحجية

القسم 1 - العقد التي موضوعها حق في دين

القسم 2 - العقود التي موضوعها حق عيني

الفصل II - الأنظمة الخاصة

القسم 1 - العلنية القانونية للعقود

القسم 2 - الغش البولصي

القسم 3 - الصورية

الباب الفرعي II

نسبة الرباط الإلزامي أو الملزم

الفصل I - العقود لمصلحة الغير

القسم 1 - التمثيل الاتفاقي

القسم 2 - الوعد بضمان موافقة الغير

القسم 3 - التعاقد لمصلحة الغير

الفصل II - التصريح عن العقد

القسم 1 - رد التصريح الاتفاقي عن العقد

القسم 2 - نظام توافق الإرادتين الموصوف عن خطأ به التصريح عن العقد

القسم 3 - التصريح القانوني عن العقد

الفصل III - الدعوى المباشرة

القسم 1 - مفهوم الدعوى المباشرة

القسم 2 - المظهر الإيجابي للدعوى المباشرة

القسم 3 - النظام العام للدعوى المباشرة.

مفاعيل العقد

1 - مفاعيل العقد المختلفة.

بمقتضى المادة 1101 من القانون المدني: «العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص، تجاه شخص، أو عدة أشخاص آخرين، بأن يعطي أو يفعل أو أن لا يفعل شيئاً ما». ويستنتج من ذلك أن العقد هو «اتفاقية تنشئ الموجبات»⁽¹⁾.

غير أننا رأينا⁽²⁾ أن الاتفاقية غير محدودة بأن تنشئ الموجبات أو تعدلها أو تسقطها، أي الحقوق في الدين أو الحقوق الشخصية⁽³⁾. إنها تناول كذلك الحقوق العينية⁽⁴⁾ بسبب الاندماج المكرس في المادتين 711 و 1138 من القانون المدني بين إنشاء الموجبات وإنشاء الحقوق العينية ونقلها الملازم لها. وهكذا يؤدي البيع إلى موجب تسليم الشيء المباع ونقل ملكيته في الوقت عينه إلى الشاري⁽⁵⁾. والاتفاقية بشكل أعم يمكن بالتأكيد أن تنشئ جميع الحقوق المتعلقة بالذمة المالية أو أن تعدلها أو تنقلها أو تسقطها، بما في ذلك الحقوق الفكرية كاحتكار الاستثمار الذي يملكه المؤلف أو الفنان أو المكتشف على إنتاجه⁽⁶⁾. ومالة معرفة ما إذا كان يمكن أن تناول العقد حقوقاً خارج الذمة المالية، وعلى وجه الخصوص حقوق الشخصية، هي غير يقينية بدرجة أكبر⁽⁷⁾. وهذه الحقوق غير قابلة للتفرغ من حيث المبدأ. بيد أن بإمكان حائزها أن يأذن

(1) انظر Marty et Raynaud، الموجبات، رقم 23.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 9.

(3) انظر المدخل العام، رقم 214، صفحة 174 وما يليها.

(4) انظر Weill et Terré، الموجبات، الطبعة الرابعة، رقم 23، صفحة 25. H.L.J. Mazeaud، Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد الأول، الموجبات، النظرية العامة، الطبعة الثالثة تأليف Fr. Chabas، رقم 35، صفحة 34.

(5) انظر Gaudemet، Théorie générale des obligations، 1937، صفحة 21.

(6) انظر المدخل العام، رقم 215.

(7) انظر J. Mazeaud et Fr. Chabas، المرجع فيه، رقم 56، صفحة 51.

للتغير باستنساخ صورته أو نشر مظاهر حياته الخاصة⁽¹⁾، كما أن قوانين حديثة، في العلاقات العائلية، اعترفت بنوع من الفعالية القانونية لتوافق الإرادة الذي يتناول جزئياً على الأقل، مسائل خارج الذمة المالية كحضانة الأولاد أو العناية بهم أو تربيتهم على سبيل المثال⁽²⁾.

ويمكن كذلك أن يولد العقد شخصاً معنوياً (أو اعتبارياً). فالمادة 1832 من القانون المدني تعرف الشركة بالفعل بأنها «عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو عدة أشخاص على وضع أموالهم أو صناعتهن بشكل مشترك بينهم من أجل تقاسم الربح أو الاستفادة من الاقتصاد الذي يمكن أن ينتج عن ذلك»⁽³⁾. كما أن «القانون المدني يقدم الشركة كعقد»⁽⁴⁾ يمكن أن ينشئ شخصاً قانونياً⁽⁵⁾.

2 - موضع مفاهيم العقود في تعريف هذا المفهوم.

يعرف المقعد على وجه العموم كترافق إرادتين (أو أكثر)، من أجل إنتاج مفاعيل قانونية، وما يشكل خاصيته داخل الأعمال القانونية هو أنه ينتج مفاعيل قانونية عن طريق اتفاق الإرادات. وهذه الخاصية ليست هدف القواعد التي تطرحها أو موضوعها، إنها تكمن في الإجراء الذي يوصل إلى طرح هذه القواعد.

وقد يتبادر، بصورة أدق، إن العقد هو اتفاق إرادات جرى التعبير عنها لغاية إنتاج مفاعيل قانونية يجعلها القانون الموضوعي متجة مفاعيل كهذه⁽⁶⁾.

كما رأينا أيضاً أن الاتفاقات التي لم تعقد من أجل إنتاج مفاعيل قانونية ليست

(1) انظر المدخل العام، رقم 216، صفحة 178، حول تقلب النظام القانوني لحقوق الشخصية. أضيف إلى ذلك: الأشخاص، رقم 284 وما يليه، وأيضاً J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image, أطروحة في Aix، 1977، ولا سيما الجزء I، صفحة 435 وما يليها، رقم 264 وما يليه. R. Nerson, Les droits extrapatrimoniaux، أطروحة في ليون، 1939، مقدمة P. Roubier، ولا سيما الصفحة 421 والصفحة 422، رقم 190. A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne، أطروحة في باريس، L.A.D.T.، 1960، مقدمة G. Levasseur.

(2) La famille: Fondation et vie de la famille، رقم 123 وما يليه.

(3) نص ناتج عن القانون 978 تاريخ 4 كانون الثاني 1978.

(4) M. Germain، تأليف Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial، الطبعة الخامسة عشرة، الجزء I، رقم 8701، وهما يلاحظان مع ذلك أن «فكرة المقعد لا تكفي لتحليل قانون الشركات بكامله».

(5) انظر E. Bertrand, De l'ordre économique à l'ordre collectif، دراسات Ripert، 1950، الجزء I، صفحة 164: «هل أن قوة الحرية الشخصية إلى درجة أنها لا تنشئ الحق في التعاقد وحسب وإنما الكائن». أضيف إلى ذلك: Fr. Terré, Sur la sociologie juridique du contrat، محفوظات (الفانون، 1968)، صفحة 81.

(6) انظر تكوين المقعد، رقم 8. وكذلك J. Ghestin, La notion de contrat، in Droits (12)، 1990، صفحة 24.

عقوداً⁽¹⁾. ولكي يكون العقد، في القانون الفرنسي، عقداً حقيقياً يجب أن يكون قد أبرم في سبيل إنتاج مفاعيل قانونية⁽²⁾. والعديد من الاتفاقات تتموضع هكذا خارج مجال القانون ولا تتضمن بذلك إقراراً قانونياً⁽³⁾.

ما يميّز بالتالي مفاعيل العقد هو أن لها قوة إلزامية، وبشكل أوسع إنها تفسح في المجال لإقرار قانوني. إلا أن هذه القوة الإلزامية لا يمكن فصلها عن إجراء إنشاء هذه المفاعيل الإلزامية للعقد، أي عن دور إرادة الفرقاء، مما يقود إلى التساؤل حول مفاعيل العقد تجاه الأشخاص الثالثين، وبعبارة أخرى إلى تحديد مجال مفاعيل العقد.

3 - العادل والمنفذ هما المبدأان اللذان يوسان قوة العقد الإلزامية ومجال مفاعيله.

سوف نرى بالنسبة إلى القوة الإلزامية للعقد، انهما، من أجل تحديد محتوى العقد، يفومان بدور هام في تفسيره ووصفه.

فالترسيخ الموضوعي للعقد هو في الواقع عن طريق الإسناد إلى معايير العدالة والمتعة الاجتماعية⁽⁴⁾. يضاف إلى ذلك أن الفقه اقترح أن توسع محكمة النقض رقابتها المعيارية في التفسير الموحد للعقود النموذجية باسم العدالة المنظور إليها كضرورة تفرض نفسها على السلطات العامة وبالتالي على القاضي بمعاملة جميع الأشخاص الموجودين في الوضع عينه بالطريقة ذاتها⁽⁵⁾.

إن المنفعة الاجتماعية والعدالة العقدية ترحبان بحماية بعض الأشخاص على الرغم من وصف علاقاتهم العقدية⁽⁶⁾ وبعض الأوصاف، إضافة إلى ذلك، مستنتجة من المنفعة الاقتصادية أو الاجتماعية للعقد⁽⁷⁾. وقبول فئة العقود غير المسماة يتناولها أخيراً تأثير النظام العام للحماية أو الإدارة⁽⁸⁾.

ويقوم العادل والمنفذ أيضاً بدور هام بالنسبة إلى مدة العقد. إن السعي إلى توازن بين العادل والمنفذ يجب بالفعل أن يوحى بنظام مرتبط باختيار المدة، وتصنيف العقود تبعاً لحداثتها، وأخيراً إعادة النظر لعدم التوقع. وهذا السعي يترجم بصورة خاصة بحماية فئة من الفرقاء، وحماية حرية الفرقاء، وإعادة النظر لعدم التوقع.

(1) انظر تكوين العقد، رقم 10.

(2) انظر A. Viandier, La complaisance, 1980, I, 2987, رقم 16 وما يليه. وكذلك B. Oppetit, l'engagement d'honneur, 1979 Dalloz, الصفحة 107 من العرض.

(3) J. Carbonnier, Flexible droit, الطبعة الثالثة، 1976، صفحة 20 وما يليها، ولا سيما الصفحة 31 والصفحة 32.

(4) انظر الرقم 61 التالي.

(5) انظر الرقم 19 اللاحق وما يليه.

(6) انظر الرقم 66 اللاحق.

(7) انظر الرقم 78 اللاحق.

(8) انظر الرقم 100 اللاحق.

وسوف نرى بالنسبة إلى مجال مفاعيل العقد أن العدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية تقومان بدور هام، سواء في ما يتعلق بحجية العقد أو بمفعوله الإلزامي.

وسنرى، في أول الأمر⁽¹⁾، أن الحجية هي أداة في خدمة القوة الإلزامية للعقد⁽²⁾. وبعد تأمين فعالية العقد الكاملة بين الفرقاء وإنما عدم تأمين إلا هذه الفعالية التامة - من غير المنازع فيه أن مبدأ الحجية يشكل أداة في خدمة منفعة الاجتماعية. وبالفعل، إذا لم تكن الحجية مقبولة في هذا المجال، فبإمكان الأشخاص الثالثين عدم الاعتراف بمفاعيلها مما يكون له مفعول مشلوم. ويكون ذلك، من وجهة نظر ذاتية، زعزعة ثقة الفريقين في العملية القانونية التي يحققانها وبالتالي إنقاص الثقة التي يركز عليها الأساسي في الاقتصاد الحر المعاصر⁽³⁾، ويجعل إبرام العمليات التي لا نزاع في منفعتها الاجتماعية غير محتمل. وسيكون ذلك، من وجهة نظر موضوعية، التقليل من الأمن القانوني الضروري للعقد لكي يحقق وظيفته في التبادل التي تضمني الشرعية على منفعة الاجتماعية⁽⁴⁾. أما بالنسبة إلى امتداد المفعول الإلزامي للعقد فسوف نرى أن المنفعة الاجتماعية للتأمين على الحياة هي التي أتاحت، على وجه الخصوص، انتشار التعاقد لمصلحة الغير⁽⁵⁾، وأن ذلك مبدأ عدالة تبادلية يفسر، جزئياً على الأقل، ظهور الدعوى المباشرة⁽⁶⁾.

سوف نلجأ إذاً في إطار هذه المبادئ الموجهة إلى أن ندرس على التوالي القوة الإلزامية للعقد التي تهتم العلاقات بين الفرقاء بشكل أساسي، ثم مجال مفاعيل العقود مما سيبيح لنا تحديد مفاعيل العقد تجاه الأشخاص الثالثين بشكل دقيق.

(1) انظر الرقم 366 وما يليه.

(2) إذن لا تبرر الحجية إلا عن مظهر لقوة العقد الإلزامية؛ وربما لهذا السبب ظهر تعبير «الحجية» كلفظة جديدة.

انظر F. Bertrand, L'opposabilité du contrat aux tiers، أطروحة في باريس 11، 1979، مطبوعة على الآلة الكاتبة، رقم 1.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 249.

(4) المرجع عينه، رقم 248.

(5) انظر الرقم 606 اللاحق وما يليه.

(6) انظر الرقم 770 اللاحق.

الباب الأول

قوة العقد الإلزامية أو الملزمة

4 - يجب من أجل تحديد قوة العقد الإلزامية بدقة أن نعرّف أولاً محتواه بالضبط، أي، في ما هو أساسي، الموجبات التي ينشئها أو يولدها. ويتقضي بعد ذلك تحديد قوة العقد الإلزامية في الزمن، أي مدة تنفيذ العقد. وهاتان النقطتان ستكونان موضوع بابين فرعيين متتابعين.

الباب الفرعي I

محتوى العقد

5 - من الضروري في أغلب الأحيان، من أجل تحديد محتوى العقد، أن نقوم بتفسيره وتحديد وصفه بدقة.

الفصل الأول

تفسير العقد⁽¹⁾

6 - مقارنة تفسير القانون بتفسير العقد.

إذا اعتبرنا أن التفسير له موضوع أساسي هو تحديد معنى نص ما مبهم أو ملتبس لن يكون هناك سوى فرق بسيط بين تفسير القانون (بالمعنى المادي) والمعيار العقدي. وهكذا يبدو الرجوع إلى نية المشرع، إستاناداً إلى الأعمال التحضيرية، هو نهج مقبول - وفقاً لما يكون النص بحاجة إلى تفسير وحسب⁽²⁾ - بالطريقة عينها كما أن القاعدة الأولى في المادة العقدية هي البحث عن نية الفرقاء المشتركة في حالة غموض المستند⁽³⁾. على أن المماثلة يجب أن تتوقف هنا⁽⁴⁾. فالفرق في الطبيعة بين المعيارين يمنع أي

- (1) انظر Y. Paclot, Recherches sur l'interprétation juridique, مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1988، ولا سيما الرقم 241 وما يليه، الصفحة 224 وما يليها. A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand، مقدمة، 1961، L.G.D.J.، G. Dereux, De l'interprétation des actes juridiques privés، 365 وما يليه - أطروحة في باريس، 1929، O. Marty, La distinction du fait et du droit - أطروحة في تولوز، 1929، J. Lopez Santa Maria, Les systèmes d'interprétation des contrats، 144 وما يليه - أطروحة في باريس، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968، Marty, Rôle du juge dans l'interprétation des contrats، 144 وما يليه - أطروحة في باريس، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968، T. Ivainer, La lettre et l'esprit de la loi des parties، 3023، J. Planiol et Ripert، traité de droit civil، الجزء VI، الطبعة الثانية، 1952، L.G.D.J.، مقدمة P. Esmein، رقم 373 وما يليه، صفحة 480 وما يليها. انظر حول تفسير وثائق التأمين M. Picard et A. Besson, Les assurances terrestres، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، تأليف A. Besson، L.G.D.J.، 1982، رقم 57.
- (2) إذا كان الرجوع إلى الأعمال التحضيرية مسموح به من حيث المبدأ عندما يستدعي أحد النصوص تفسيراً، فعلى القاضي، على العكس تماماً، أن يمنع عن ذلك عندما لا يكون النص الناتج عن صياغة غامضة ولا ملتبساً، ويكون بالتالي اعتباره أكيداً، محكمة النقض 22 تشرين الثاني 1932، Dalloz 1933 الأسبوعي، صفحة 2. إضافة إلى: النقض المدني، 20 تشرين الأول 1991، Dalloz 1991، I، 92، 57، الملاحظة E.G.
- (3) انظر الرقم 26 لاحقاً.
- (4) انظر أيضاً: Carbonnier, Droit civil، الجزء 4، الموجبات، Thémis، PUF، الطبعة 17، 1993، رقم 17.

مماثلة. فالقانون - وهو القاعدة العامة والمجردة - هو التعبير عن الإرادة العامة في حين أن العقد ليس سوى ترجمة عدة إرادات خاصة. قد سبق أن ذكرنا في المادة العقدية «إن العقود ليست خاضعة لقاعدة خارجية: إنها تخضع هي نفسها لمعيار أنشأته إرادياً»⁽¹⁾.

وهذا ما يفسر كون محكمة النقض لا تراقب، من حيث المبدأ، تفسير الأعمال القانونية - الذي يعود إلى السلطة السيدة لقضاة الأساس - وإنما تراقب تفسير القانون. كما أن أحد المؤلفين شدد على أنه «لا يكون هناك تشويه لتعابير نص قانوني، وإنما انتهاك للمعيار الذي يفرضه»⁽²⁾.

ومدونة القانون المدني لا تحوي أي «دليل بدائي صغير»، حسب تعبير العميد Carbonnier⁽³⁾ بالنسبة إلى تفسير القانون. وقد كان مشروع لجنة الحكومة المقدم في 24 ترميدور للعام VIII⁽⁴⁾ يحوي كتاباً تمهيدياً يتضمن توجيهات في تفسير القوانين إيجابية إلى حد ما بالنسبة إلى القاضي. إلا أن هذه التوجيهات لم تُستعد في مدونة القانون المدني حتى أنها لم تكن موضوع نقاش أمام مجلس الدولة⁽⁵⁾.

7 - الموضوع المزدوج لتفسير العقد.

لم يهتم Demolombe الذي كرس توسيعاً طويلاً لقواعد تفسير الاتفاقيات بتعريف مفهوم التفسير. وقد اكتفى بالأخذ بأن «تفسير الاتفاقيات هو دائماً عمل تمييز وخبرة، وعقل سليم وحسن نية»⁽⁶⁾.

وتفسير العقد، في حرف السيد Boré الأكثر واقعية، يركز على تحديد موجبات بضطلع بها الفريقان تبادلياً ومحتوى هذه الموجبات⁽⁷⁾. وهذا التعريف يمكن قبوله كما يمكن أيضاً إكماله.

= 142، صفحة 273، الذي يلاحظ بالمقارنة مع القانون والعقد «أن الأمر لا يتعلق إلا بتبديد الغموض وحل التناقض في تحرير العقد - مما يمكن بالنسبة إلى الباقي، أن يكون مظهرًا لتفسير القوانين».

(1) G. Marty، المستشهد به سابقاً، صفحة 87.

(2) T. Ivainier، La lettre Boré، La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P. Raynaud، رقم 2353. وهكذا يتعلم تشويه المذهب الإداري المبين في التصاميم أو التعليمات، انظر النقض التجاري، 30 أيار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 173، صفحة 114.

(3) الموجبات، الطبعة الأولى، الفقرة 146.

(4) Fenet، Recueil complet des travaux préparatoires du code civil، الجزء II، صفحة 3.

(5) انظر Y. Paolot، المستشهد به سابقاً، رقم 177، صفحة 160.

(6) Cours de Code napoléon، Traité des contrats ou des obligations en général، الجزء II، 1871، رقم 1، صفحة 3.

(7) La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P. Raynaud، رقم 221، صفحة 413. انظر، في ما يخص تعريفاً قريباً G. Marty et P. Raynaud الموجبات الطبعة الثانية، Sirey، 1988، رقم 240: «إن تفسير عقد ما أو وجوده أو فحواه يعني، في إطار هذا المحتوى، تحديد معناه ومداه والموجبات التي ينشأها بدقة. انظر كذلك، بصورة إرادية أكثر، Ph. Simier، مصنف الاجتهادات المدنية، البند 1164 =

وفي الواقع أصر «بحث حديث حول التفسير القانوني»⁽¹⁾ على الطابع المتساوي الحدين للمعنى التفسيري. فالتفسير أولاً عملية ممتدة لإيجاد معنى موجود سابقاً من جديد غير أن صيغته - أي كشفه إلى العالم الخارجي - مثوبة بالغييب، إما لأنه مبهم أو ملتبس وإما لأنه عيبي. ثم أن وظيفة التفسير الإعداد لحل قانوني مناسب مع الأخذ في الحسبان الحاجات والمصالح الواجب إرضائها، ذلك بأن الفكرة المعبر عنها تحوي أما شوائب (التفسير هو تصحيحي) أو ثغرات (التفسير بئاً)⁽²⁾.

وهذه الطريقة في إدراك مفهوم «التفسير» لا يتقاسمها المؤلفون جميعاً. فبالنسبة إلى السيد Simier⁽³⁾ لا يفسح غياب النية المعبر عنها شكلاً أو ضمناً في المجال لإعطاء تفسير. وسد ثغرات العقد يعود إلى منهجية أخرى. فالمكان المنسوب إلى المادة 1156 وما يليها من القانون المدني وكذلك إلى المادة 1135 هو الكاشف. إن هذا التحليل يفترض أن الاقتراح التالي المستوحى بقوة من سلطان الإرادة هو صحيح: يفترض التفسير إبداء الإرادة. والحال أن الأمر ليس سوى مسلمة غير مبرهن عليها في الحقيقة⁽⁴⁾. ومع ذلك يأخذ الكاتب نفسه «بأنه من الصعب عملياً، حتى من المستحيل، فصل ما يعود إلى تفسير الإرادات عما يلجأ إلى اعتبارات موضوعية بشكل واضح»، وأن هناك قرابة أكيدة بين المادتين 1160 و 1135 من القانون المدني.

8 - البحث عن نية الفريقين المشتركة.

كان النهج الوحيد للتفسير القابل للفهم، تاريخياً وتأثيراً مذهب سلطان الإرادة، ذا طبيعة إرادية أو ذاتية. وكان يركز على البحث عن إرادة الفريقين المشتركة⁽⁵⁾. أفلا تأمر المادة 1156 من القانون المدني بالبحث عن إرادة الفريقين المشتركة بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للتعبير؟ كان على القاضي، أمام لبس تعابير العقد، أن يكتفي بالرجوع إلى نية الفريقين في يوم تكوين العقد لتحديد المحتوى الإلزامي. وكان من الواجب في حالة سكوت العقد البحث عما يمكن أن يكون الفريقان قد اشترطاه على الأرجح، وجرى الكلام على البحث عن «إرادة وهمية»⁽⁶⁾.

١ - إلى 1984، أو مصنف الاجتهادات، الفهرس، ٧ المراجعات والمقود (بصورة عامة)، الكرامات 29 إلى 36، 1984، رقم 8: تفسير عقد ما هو، بصورة أدق، البحث عن معناه الصحيح الذي توحيه الفريقان إعطاءه للأحكام العقدية التي قرراها. انظر أيضاً، بأكتر موضوعية A. Seriaux, Droit des obligations, منشورات PUF، 1982، رقم 43: «التفسير هو (بالتالي) العملية القانونية المرتكزة على تحديد ما هي حقوق الفريقين وواجباتهما بالغبط في العقد».

(1) Y. Paolot، الأطروحة المذكورة سابقاً.

(2) Y. Paolot، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 417 وما يليه.

(3) المذكور سابقاً، رقم 10 وما يليه.

(4) انظر الرقم 39 اللاحق.

(5) Merty et Raymond، المرجع عنه، رقم 241.

(6) J. Lopez Santa Maria، صفحة 11، يبدو أن أدلة التبرير يجب أن تنسب إلى Dureau و Gounot.

وقد أدى الاستخدام المنهجي لهذه الطريقة، منذ بداية هذا القرن، إلى انتقادات مبنية على مجرد مراعاة الوقائع.

ونجد التعبير عن ذلك في أطروحة كتبت في عام 1905⁽¹⁾ مكرسة لتفسير الأعمال القانونية. وفي مدخل كتب في شكل حوار لخاصم المؤلف فيه فقيهاً عرض عليه موضوعه فأجابه هذا الأخير أنه كان يقتضي إما تكريس جزأين للمادة أو كتابة ثلاثة أسطر مفهومة على هذا النحو: «يجب على مفسر عمل قانوني خاص أن يبحث بأكثر عنابة ممكنة عن الثبة الحقيقية لواقع هذا العقد أو واضعيه والأخذ بها». وعندما تكون قد كتبت ذلك يكون بإمكانك وضع قلمك. ذلك بأن هذه الجملة نرد بوضوح مبادئ العادة أو بالأصح مبادئها. وكل ما تضيفه إلى ذلك لن يكون سوى قبض في الكلام، وجمل لا طائل تحتها وبالتالي مضرة⁽²⁾. إن الحائز وإن كان لا يحترم الآداب العامة غالباً ما يكون قد قبل أن دور المفسر هو الاكتفاء بالبحث عن إرادة وإنما كان يعارض قائلاً إن: «المفسر غالباً ما لا يتمكن على الإطلاق من معرفة إرادة أو اشتراك إرادات كفيلة بأن تملئ عليه قراره، ذلك بأنه يتعذر معرفة ما كان قد حصل. والحال أن صلوه يضيئ كثيراً من أن الأفراد يتقنمون دائماً حتى ذهناً جميع الصعوبات التي يمكن أن تولدها أعمالهم القانونية؛ فهل من غير المتوقع أن يتخذ المفسر قراره حسب نية الفريقين؟ الجواب بالنفي طبعاً، أليس كذلك؟ أو ليس السعي إلى معرفة فكر أحد حول ما لم يفكر فيه إطلافاً هو عيش؟ وهل بالإمكان جعل التفكير السليم أو مدونة القوانين أو استعمال اللغة يفرض احترام إرادة غائبة وإيجاد ما يثقل ذهن القاضي في العيشة»⁽³⁾. ما لا طائل تحته التشديد على ملائمة هذا النوع من التفكير الذي، مع ذلك، لم يفتح من يخاطب الحائز.

لقد كتب Gounot، في الذمينة عنها وفي أطروحته التي غدت شهيرة حول مبدأ سلطان الإرادة، في عام 1912: «من النادر في الحقيقة، عندما يتوقع الفريقان صعوبة حقيقية، أن لا يعبرا عنها بدقة، وكما لاحظ Ehrlich بصواب لا يأتي عدم اليقين والغموض من أن الإرادة لا يُعبر عنها تماماً حول نقطة معينة وإنما من كونها لم تكن موجودة حول هذه النقطة»⁽⁴⁾.

وقد بينَ مجمل الفقه المعاصر أن تفسير العقد لا يمكن إرجاعه إلى البحث عن إرادة الفريقين المشتركة غير الموجودة دائماً⁽⁵⁾. فعلى المفسر بالتالي، وبالتأكيد، أن يبحث عن

(1) Doreux، الأطروحة الألفية الذكر.

(2) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 1 وصفحة 2.

(3) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 5. انظر بالنسبة إلى ملاحظات مشابهة، Lopez Santa Maria، الأطروحة المشار إليها سابقاً، صفحة 105 وما يليها.

(4) Le principe de l'autonomie de la volonté. أطروحة في ديجون، 1912، صفحة 207.

(5) انظر Boyer (L.)، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V المقود والموجبات، 1993، رقم 253 - Fr. Terré، Ph. Simler et Y. Lequette، الموجبات، الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، رقم 423 - Planol et Ripert - تأليف Exmeim، المرجع عنه، رقم 394 - Lopez Santa Maria،

الإرادة المشتركة، ذلك بأن العقد يبقى عمل المتعاقدين؛ بيد أن عليه كذلك الإسناد إلى معايير أخرى كحسن النية والمعاداة عندما لا تكون الإرادة المشتركة سوى وهم.

ولا شك في أن محكمة النقض غالباً ما تمتنع عن الارتباط بهذه الإرادة الأخيرة للمتعاقدين⁽¹⁾، مع أن تطور الاجتهاد ينتج نحو التخلي الجزئي عن هذا الإسناد لتسوية بعض الحلول⁽²⁾. غير أنه من المتفق عليه أن هناك نهجين للتفسير موجودين معاً. هناك من جهة أولى تفسير ذاتي (إرادي بحت) ومن جهة ثانية تفسير موضوعي (خارجي عن الإرادة).

9 - يكمل التفسير الموضوعي للعقد البحث عن إرادة الطرفين المشتركة.

إن الاعتراف بنهج تفسير موضوعي للعقد يترجم بالتأكيد تقهقر الإرادية. وهذا الاعتراف، على صعيد النظرية العامة للعقد، يجعل، جزئياً بالتأكيد، الفكرة التي بموجبها تكون القوة الإلزامية للعقد المبينة على القانون الموضوعي محسوسة⁽³⁾. والرجوع إلى النهج الموضوعي كان من الممكن تسويته بالإسناد إلى المنفعة الاجتماعية للعقد أو إلى ما تقضي به العدالة: «يمكن، عندما يكون من الضروري تحديد المقابيل القانونية للعقد، عدم البحث عن إرادات الفرقاء وإنما التساؤل عما هو أكثر فائدة اجتماعياً أو ما تبينه العدالة أنه من الواجب أن يكون نتائج العقد»⁽⁴⁾.

10 - يناظر التفسيران الذاتي والموضوعي وظيفتي تفسير العقد.

يجب تقريب ما جرى قوله حول تسوية التفسير الموضوعي من الطابع المتساوي الحدين للتفسير. ويرد في ذهن عند ذلك اقتراح ما. ألا يناظر النهج الذاتي الغاية الأولى للتفسير - إيجاد معنى سبق وجوده وإنما صياغته مشوبة بالعيب، أما لأنها غامضة أو ملتبسة وأما لكونها عبثية - في حين أن النهج الموضوعي يناظر غاية أخرى - تهئية حل قانوني مناسب مع الأخذ في الحبان الحاجات والمصالح الواجب أرضاؤها⁽⁵⁾؟.

= الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 116 - إضافة إلى Marty et Raynaud، المرجع عنه، رقم 242 - Ch. Larroumet الموجبات: العقد، الطبعة الثانية، 1990، رقم 141. T. Ivalher، La lettre. الفقرة المذكورة سابقاً، رقم 53. انظر مع ذلك H. J. Mazeaud، Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد 1، الموجبات: النظرية العامة، الطبعة الثامنة، تأليف Fr. Chabas، منشورات Montchrestien، 1991، رقم 339 وما يليه. في هؤلاء المؤلفين مرتبطين بالنظرية التقليدية.

(1) انظر على سبيل المثال التنازل لمصلحة الغير الضمنية، الرقم 617 اللاحق.

(2) انظر الرقم 44 وما يليه اللاحق.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 224.

(4) Lopez Santa Maria، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 2. ويضيف المؤلف: «إذا لم تكن الإرادة روح العقد فلا يمكن أن تكون مقياس تفسيره».

(5) انظر ملاحظات J. Dupichot في: - Pour un retour aux textes: défense et illustration du «petit guide» des articles 1156 à 1164 du Code civil، Mélanges J. Flour، 1979، صفحة 179 وما يليها. يتساءل المؤلف هكذا: «من المسموح به للقاضي إنذاً، في حالة الشك، اللجوء إلى عناصر خارجية لكي يحدد إرادة»

إن هذا الطرح يتيح فهم موقف الاجتهاد وعلى وجه الخصوص محكمة النقض التي تعترف من حيث المبدأ لقضاة الأساس بسلطة سيادة في التفسير وإنما نساثر هي بصورة خاصة بحق فرض بعض الموجبات على المتعاقدين لم يرتقيها هؤلاء بالتأكيد. ومن المناسب، فكرياً، الانطلاق من هذه المقدمات - التي سوف تتم تنقية ما يحيط بها تدريجاً مع الشروحات - وبالتالي تفريق التفسير الذاتي، ككشف عن محتوى العقد عن التفسير الموضوعي لتحديد لمحتوى العقد.

= أسوء (دور العادة) بدلاً من إرادة حقيقية ملتزمة جداً. بيد أن القاضي ألا يكون (وهنا تساوي حدي كل تفسير)، لغياب إرادة حقيقية وقابلة للكشف عنها (النهج الثاني) قد افترض (تحت غطاء التفسير) إرادة سوية (ظاهرة اجتماعية) للاكتفاء بانتهاء المتوسط (حتى لإرادة أخلاقية ومتوافقة مع نوق الجسم الاجتماعي (ظاهرة إنتظام عام مخفف ومصدرة اجتهادي)؟ (رقم 6، صفحة 185 في نهايتها وصفحة 186 في أولها). إن المؤلف يبني مقالته حول هذه الفكرة بتفحص المواد 1156 إلى 1164 من القانون المدني وتفسير الأعمال القانونية، ثم المواد 1156 إلى 1164 من القانون وإصلاح الأعمال القانونية. انظر أيضاً Y. Pactot الأطورة المذكورة سابقاً، رقم 281 وما يليه، صفحة 265 وما يليها.

القسم I

التفسير الذاتي أو الإعلاني للعقد

11 - بعد تفحص العمل بالتفسير الذاتي بجدر التناؤل حول وجود توجيهات للتفسير.

الفقرة 1 - العمل بالتفسير الذاتي

12 - أجرت محكمة النقض تقييم اختصاص بينها وبين قضاة الأساس. فقد تخلت لسلطتهم السيدة عن تفسير العقد بحصر المعنى؛ وإنما تراقب شروط ممارسة سلطة التفسير التي تعترف بها لقضاة الأساس.

I - محكمة النقض لا تراقب تفسير العقد

13 - تعترف محكمة النقض لقضاة الأساس بسلطة سيده في تفسير عقد غامض أو ملتبس.

تخلت محكمة النقض، منذ قرار شهير للغرف المجتمعة في 2 شباط 1808⁽¹⁾ لسلطة قضاة الأساس السيدة عن التفسير (الذاتي) للعقد. فاعترفت إذأ بأنها غير مختصة بالنظر في معنى العقد عندما يكون غامضاً وملتبساً؛ بكلمة واحدة عندما يستدعي التفسير⁽²⁾.

وهذا الحل لم يفرض نفسه من ذاته. كانت محكمة النقض في السنوات الأولى

(1) 1808 Sirey، I، 163، الاجتهاد العام، V، الشركة، رقم 1093، طلبات Merlin.

(2) على سبيل الأمثلة في العديد من الأحكام: نقض أثر عريضة في 2 أيار، 1908، Dalloz، الدوري 1906، I، 248 - نقض أثر عريضة في 15 نيسان 1928، Sirey، 1928، I، 151 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول آب 1894، Sirey، 96، I، 357 (تفسير سيد لمقد إيجار سفينة) - نقض مدني في 23 حزيران 1852، Sirey، 1853، I، 86 (تفسير سيد لمقد تأمين) - نقض تجاري، 17 تشرين الأول 1978، Dalloz، 1979، التقرير، صفحة 58 (تفسير عقد نشر) - الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 7 شباط 1980، الشرة المدنية، II، رقم 22، صفحة 14 (تفسير ميد لبند تحكيمي).

لإنشائها تعترف لنفسها بسلطة تفسير العقد وبالتالي رقابة التفسير المعطى لقضاء الأساس⁽¹⁾. إن قيام المادة 1134 من القانون المدني بمائلة العقد بالقانون والتفريق بين القانون والواقع الذي كان أقل محسوبة في القانون القديم جرى تقديمهما كتصويغ لهذه النزعة التي تم التخلي عنها بسرعة⁽²⁾. غير أن التحول كان ممكن التفسير، جزئياً على الأقل، لأسباب ظرفية محض⁽³⁾. فقد أنشأ قانون 16 أيلول 1807 الرجوع إلى التفسير الحكومي للقانون في حالة الخلاف بين قرار الأقسام المجتمعة في محكمة النقض ومحكمة الإحالة⁽⁴⁾. والحال أنه لم يكن من المنصور أن تتمكن الحكومة من النظر في تفسير العقد. إن وضعاً كهذا، بالاعتراف بسلطة تفسير سيدة لقضاء أدنى، لم يكن من الممكن أن يكون وارداً. إن المبدأ موع في القانون البحث، غير أنه، كأي مبدأ، قابل لاحتمال استثناءات.

1 - التسويغ.

14 - هناك تسويغان:

1 - ليس العقد الذي يصنع قانون الفريقين معياراً قابلاً للتطبيق المتكرر.

فقد رفضت محكمة النقض رقابة تفسير العقد لأنه، حتى ولو صنع قانون الفريقين، استناداً إلى نص المادة 1134 من القانون المدني، لا يمثل أي طابع عمومية. وقد شدد Demogue على أن المادة 1134 من القانون المدني، بمائلة العقد بالقانون، كانت تعني فقط أن العقد إلزامي⁽⁵⁾، بالإضافة إلى أنه ليس كذلك من حيث المبدأ إلا نجاه الفريقين المتعاقدين. وقد جرى الإصرار على واقع أن القاضي يجب عليه البحث عن التفسير في إرادة الفريقين وليس في القانون⁽⁶⁾.

2 - منع محكمة النقض النظر في أساس القضايا.

تنص المادة 2-111. من مدونة التنظيم القضائي التي استعادت - الأسلوب على الأقل - نص الفقرة 3 من المادة 3 من قانون 27 تشرين الثاني - كانون الأول 1790، على

(1) نقض مدني، 4 برويمير، العام VII، العرض 8 - 19 بريريال، العام VII، الاجتهاد العام، ٢٠ النقض، رقم 1569 - 22 ميسيدور العام IV، الاجتهاد العام، ٧٨ البلدية رقم 2044 - 1. اول قانتوز، العام X، الاجتهاد العام، ٧، النقض، 1563 - 30 بريريال، العام XIII، الاجتهاد العام ٧ النقض، رقم 9569 - 5. انظر Y. Paillet، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 262، صفحة 246، الذي يعارض أن تمارس محكمة النقض في هذه الأحكام سلطة سيدة.

(2) J. Boré، Un centenaire: Le contrôle par la cour de cassation de la dénaturation des actes المصلى للقانون المدني، 1872، رقم 3، صفة 252.

(3) G. Marty، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 299.

(4) انظر المدخل العام، رقم 408.

(5) Traité des obligations en général، الجزء VI، مغايل المراجبات، Rousseau، 1932، رقم 31، صفحة 44.

(6) J. Boré، La cassation، المذكور آنفاً، رقم 1208 و ما يليه، صفحة 410 وصفحة 411، أحرف منحبة في النص - وللمؤلف عينه: Un centenaire، الفقرة المذكورة سابقاً، رقم 4، صفحة 253.

أن «لا تنظر محكمة النقض في أساس القضايا ما عدا وجود نص تشريعي معاكس». فمحكمة النقض إذاً غير ذات صلاحية للأمر بتدابير أو تقدير وثائق الإثباتات التي يندرج بها المتقاضون بالموضوع⁽¹⁾. من المستحيل إذاً البحث عما كانت عليه إرادة الفريقين المشتركة. وبالتالي فإن العمل بالتفسير الذاتي بمنجى بطبيعته من صلاحية المحكمة العليا. إلا أن لهذا المبدأ استثناءات.

ب - الاستثناءات

15 - ترأب محكمة النقض مباشرة تفسير بعض العقود؛ وهذه العقود المراقبة عددها محدود. غير أن معظم الاستثناءات على المبدأ، كما سنرى، ظاهري أكثر مما هو واقعي. وقد جرى التساؤل عما إذا لم يكن في المناسب أن تعترف محكمة النقض لنفسها بسلطة تفسير العقود النماذج.

1) الاستثناءات محدودة العدد

16 - تفسير محكمة النقض المباشر للعقود يؤخذ باعتبارات ضريبية.

أعطت محكمة النقض منذ بداية القرن التاسع عشر نفسها الحق في أن ترأب مباشرة تفسير الاتفاقيات من وجهة نظر تطبيق القوانين حول التسجيل⁽²⁾. وقد حكمت، في صيغة واضحة تماماً، في 29 تموز 1890⁽³⁾، «بأن محكمة النقض، في تطبيق القوانين المتعلقة بالتسجيل، لها، في ما عني المعنى الحقيقي للاتفاقيات، الحق في الرقابة التي لا يمكن أن يشلها تفسير المحاكم المدنية». واستخدمت محكمة النقض هذه السلطة في مناسبات عديدة⁽⁴⁾.

ومع أن ذلك كان موضع نقاش⁽⁵⁾ فإن هذا الحل ما يزال اليوم مسوّغاً بطابع الانتظام

(1) J. Boré, La cassation, المذكور آنفاً، رقم 1327 وما يليه.

(2) نقض مدني في 19 أيار 1866، يرميات الكتابة المدل، نيسان 1868، البند 19271، صفحة 440 Dalloz الدوري 68، I، صفحة 303.

(3) يرميات الكتابة المدل، نيسان 1891، البند 24586، صفحة 33 Dalloz الدوري 91، 1 صفحة 54.

(4) نقض مدني في 25 تشرين الأول 1927، Dalloz الدوري 1929، 1، 31، ملاحظة L. Trolabas - نقض تجاري في 5 تموز 1949، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة II N، 5366 - 8 تموز 1954، النشرة المدنية، III، رقم 255، صفحة 193 - 2 كانون الثاني 1966، النشرة المدنية، IV، رقم 6 صفحة 4.

(5) انظر L. Trolabas، الملاحظة المذكورة سابقاً، Dalloz الدوري 1929، 1، صفحة 32 - إن التفسير الذي يقترحه هذا المؤلف كان ماهرًا، وقد ارتكز على التفرقة بين قضاء الدعاوى ذات الطابع المالي وقضاء الدعاوى ذات الطابع الموضوعي. فالقاضي يقدر في النوع الأول حقاً في دين وفي الثاني عليه حل مسألة شرعية خارجية (بالمقارنة مع القضاء الإناري المتعلق بالشرعية). إن للقاضي سلطات مختلفة حسب طبيعة الخصومة؛ وطبيعة رقابة محكمة النقض تتوقف إذاً على ارتباط النزاع بهذا القضاء أو ذاك. وارتباط النزاع الضريبي بالقضاء الموضوعي يفسر هكنا أن محكمة النقض تتصرف بالطريقة عينها التي تتصرف بها مجلس القولة (مجلس شوري الدولة في لبنان) عندما تكون قاضي الشرعية الإدارية الموضوعية، عن طريق تجاوز حد السلطة، وبالتالي تملك سلطات أكثر امتداداً.

العام للأحكام الضريبية والمساواة بين المواطنين تجاه الضريبة⁽¹⁾.

من الصحيح، في شأن المادة الضريبية، أن القواعد التقليدية لتوزيع الصلاحيات بين القضاءين العدلي والإداري قد انقلبت. وهكذا أعطت محكمة النقض نفسها الصلاحية في أن تقدر، عن طريق الاستثناء، شرعية القواعد في مادة الضرائب والرسوم غير المباشرة. فقد قدرت، على سبيل المثال، الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 25 نيسان 1989⁽²⁾، شرعية مرسوم 30 آذار 1983 الصادر تطبيقاً لقانون 19 كانون الثاني 1983. فأعلنت، في حينية واضحة جداً: «إن تحديد الأشخاص الخاضعين لضريبة يعود للقواعد المتعلقة بحطرح فرض الضريبة، وأن المشرع وحده صاحب الاختصاص في تحديد قواعد كهذه. . وإن المحكمة رأت عن صواب أن المحاكم العدلية، في شأن تكليف غير مباشر، صاحبة صلاحية في تقدير صحة العقود المتعلقة بها والتثبت من شرعية النصوص التي بمقتضاها ترى الإدارة نفسها مخولة ممارسة الملاحظات. .»⁽³⁾.

17 - تفسير محكمة النقض المباشر بعض العقود التي أقرتها السلطات العامة.

نعرف أن المحتوى الإلزامي للعديد من العقود - عقد العمل، عقد التأمين، عقد الإيجار، عقد الائتمان - تحدده السلطة المعيارية. ولم تعد إرادة المتعاقدين هي التي تحدد حقوقهم وموجباتهم وإنما المعيار الموضوعي. وهذه الملاحظة، على صعيد التفسير، أساسية.

وبالفعل إذا أدرنا بسهولة أن محكمة النقض ليس بإمكانها البحث عن إرادة الفرقاء الحقيقية، نلذك بالسهولة عينها أن في وسعها تحديد معنى معيار عقدي موضوعي وأمر في مناسبة تطبيق خاص في قضية معينة. وفي الميزان الصحيح ليس المقصود سوى تفسير القانون⁽⁴⁾.

هناك، إلى جانب العقود المنظمة بعض العقود - المنظمة بالضرورة - التي هي موضوع تصديق إداري⁽⁵⁾، بحيث أنه يمكن القول إن المقصود أنظمة حقيقية⁽⁶⁾. وبطال ذلك توزيع الصلاحيات (أو الاختصاصات) بين قضاة الأساس وقاضي النقض بالضرورة.

وقد قبلت محكمة النقض، في القون التاسع عشر، رقابة تفسير تصرفات سكك الحديد

(1) H. Boré, Un centenaire, H. Boré, 114, 302 - Ph. Simier, المذكور سابقاً، رقم 166 - L. Tronabba (المرجع عنه والاشهاد ذاته) الذي يرى أن القاضي كانت مهمته «الدفاع عن المكلف ضد إدارة القرباء».

(2) نقض تجاري في 25 نيسان 1989 النشرة المدنية IV، رقم 134، صفحة 89.

(3) بالمعنى منه، نقض تجاري 22 أيار 1985، النشرة المدنية IV، رقم 188، صفحة 142.

(4) انظر بهذا المعنى، G. Marty، المقالة السالفة الذكر صفحة 85.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 88.

(6) J. Boré، La cassation، المذكور سابقاً، رقم 1284.

بحجة أنها مصادق عليها وأمرة. فصدر في 8 كانون الأول 1891⁽¹⁾ حكم ورد فيه: «من حيث أن التعريفات الخاصة يجب أن تطبق حرفياً ولا يمكن أن تمتد إلى خارج الحالات المنصوص عليها فيها ومن حيث أن تعريفات شركات سكك الحديد، إضافة إلى ذلك، وهي مصادق عليها ومشورة، ولها قوة القانون بالنسبة إلى شروط النقل، تفرض على الفرقاء على الرغم من أي اتفاقية مخالفة».

وهذا هو وضع العقود النماذج والإيجارات الريفية المصادق عليها، وقد حكمت محكمة حل الخلافات في 5 تموز 1951⁽²⁾ بأن الأمر يتعلق «بانظمة إدارية». فالسلطة القضائية إذاً مختصة استناداً إلى اجتهاد Septfonds⁽³⁾، في تفسيرها.

إن حالة العقود النماذج وعقود الإيجار الريفي لم تعد موضع فضول قانوني. وبالفعل يجب أن يكون بعض عقود تأمين الجماعة التي يكون موضوعها إكمال النظام القانوني للضمان الاجتماعي⁽⁴⁾ متوافقاً مع اتفاقية عامة يصادق عليها بقرار⁽⁵⁾. والطابع النظامي لعقود تأمين الجماعة هو بالتالي موضع اتهام. ولهذا السبب ولا ريب احتفظت محكمة النقض لنفسها بالسلطة في أن تفسر مباشرة اشتراطات عقد تأمين الجماعة المبرم من قبل نقابة الوكلاء العاملين للتأمين في حكم 11 كانون الثاني 1989⁽⁶⁾.

كان الأمر متعلقاً بنزاع حول تطبيق البند 12 من عقد تأمين جماعة أبرمته نقابة الوكلاء العاملين للتأمين مع عدد لضمّان المتضمن بالنسبة إلى المخاطر المتعلقة بالمرض أو المعجز أو الوفيات. ولحل هذا النزاع قامت محكمة النقض بتفسير البند المنازع بصورة مباشرة. فحكمت، استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني، «بأنه ينتج عن البند 12 من عقد تأمين الجماعة أن المؤمن عليه أن يدفع مسبقاً رأس المال المتعلق بالوفاة في أربع دفعات نصف سنوية بقيم متساوية، الدفعة الأولى في مهلة سنة اعتباراً من تلقي إثبات المعجز المطلق والنهائي»، ومن أجل تحديد نقطة انطلاق الفوائد بالمعدل القانوني المتوجبة للمتضمن الذي طالب بفائدة التأمين، أخذت محكمة الاستئناف بأن إثبات المعجز المطلق والنهائي لم يتم إلا في نيسان 1986 عن طريق تقرير خبرة قضائية. وعليه رأت محكمة الاستئناف أن دفع رأس

(1) Dalloz الدوري 92، 1، 304. وفي الاتجاه عيه، التقى المدني في 10 شباط 1896، والتقى المدني في 13 كانون الثاني 1897، Dalloz الدوري 1987 (يجب أن تطبق التعريفات حرفياً بدون أن يكون من المسموح به امتدادها أو تقليصها عن طريق المساواة).

(2) Dalloz، 1952، صفحة 271، ملاحظة Blacvoët، مصنف الاجتهادات الدوري، 1951، II، 6623.

(3) محكمة حل الخلافات، 16 حزيران 1923، Sirey، 1923، 3، 49، ملاحظة Hajarion، Dalloz، 3، 41، 1924، طلبات Matter.

(4) انظر M. Picard et A. Besson، Les assurances terrestres، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، L.G.D.J.، 1982، تأليف A. Besson، رقم 546.

(5) المادة 4 من المرسوم رقم 68 - 252، تاريخ 8 آذار 1968.

(6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 7، صفحة 5.

المال لم يكن متوجباً إلا اعتباراً من أول نيسان 1987 وأن الفوائد لم تبدأ في السريان إلا اعتباراً من هذا التاريخ.

وقد نفقت محكمة النقض هذا التعليل بسبب التسويع التالي: «ينتج عن البند 12 الألف الذكر أن مهلة سنة ما تبدأ بالسريان في اليوم الذي وصل فيه إلى علم المؤمن عن طريق المستندات الطبية التي أرسلها إليه المؤمن المعجز المطلق والنهائي الموجود فيه هذا المؤمن؛ وبالتالي لا يمكن التأخير، في حال تثبت المؤمن في التصريح المقدم له، حتى نتيجة الخيرة المأمور بها».

تبيّن قراءة أسباب التسويع هذه أن محكمة النقض فسرت مباشرة البند 12 المقصود طالما أن مفهوم «تلقّي إثبات المعجز» أصبح «العلم عن طريق المستندات الطبية». . بالمعجز المطلق والنهائي للمؤمن».

لقد أرادت محكمة النقض بشكل جلي أن تفرض تفسيراً لمصلحة المؤمن، وربما كان ذلك مسوّغاً أيضاً بكون عقد تأمين الجماعة يتعلق بعدد هام من المؤمنّين، مما بطرح، من جهة أخرى، مشكلة أعم من تفسير العقود المتنازع⁽¹⁾.

ويقتضي الأعداء بعبداً حل مشابه في ما يختص بتفسير الإيجابيات السابقة للقرض الوارد في المادة 5 من قانون 10 كانون الثاني 1978. وهذه الإيجابيات السابقة يجب في الواقع أن تحوي بيانات مطابقة للبيانات الواردة في أنواع الطراز النموذجي الملحقة بالمرسوم رقم 79 - 509، تاريخ 24 آذار 1978. ويجب أن يكون الأمر على هذا النحو أيضاً في شأن العقود المتنازع المتعلقة بالاندماج في مجال تربية المواشي⁽²⁾.

إن محكمة النقض تراقب تفسير نظام الوكلاء العامين للتأمين لأنه مصادق عليه بمرسوم 5 آذار 1949⁽³⁾.

ومحكمة النقض، بقبولها رقابة تفسير المحتوى الإلزامي للعقود التي تصادق عليها السلطة الإدارية، لا تخرج عن دورها المؤسسي؛ إنها على العكس تقوم به بدقة. فالاستثناء لقاعدة سيادة قضاء الأساس هو إذاً ظاهري أكثر منه حقيقي. إنه أكثر ميلاً إلى الوهمي بقدر ما تكون الطريقة المستخدمة موضوعية وغير ذاتية؛ ليس هناك أي إسناد إلى إرادة الفريقين. ويمكن القول، بالمقارنة بتفسير القانون (بالمعنى المادي)، إن العقد، ما أن يكون مصادقاً عليه، حتى يندو بمنجى من مطرطة واضعيه.

(1) انظر الرقم 19 السابق وما يليه.

(2) انظر المرسوم رقم 88 - 201، تاريخ أول آذار 1988 المتملق بالعقود المتنازع للاندماج في مجال تربية المواشي، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، II، 61309.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 1، صفحة 1 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 تموز 1990، النشرة المدنية، I، رقم 182، صفحة 129 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 آذار 1993، النشرة المدنية، I، رقم 131، صفحة 87.

إن مصادفة السلطة المعيارية تسوّج إذا ممارسة محكمة النقض سلطة التفسير. غير أن مجرد قيام المشرع بالنص على تنظيم بعض العلاقات الإنسانية عن طريق اتفاقية هو في ذاته غير كافٍ لكي تقبل محكمة النقض ممارسة سلطة التفسير مباشرة. فقانون 10 تموز 1965 ينص، مثلاً، في مادته الثامنة، على أن «نظماً اتفاقياً للملكية المشتركة». «يحدد مقصد الفرقاء، سواء كان ذلك من النوع الحارم أو المشترك، وكذلك شروط تمتعهم». «وكانت الطبيعة القانونية لنظام الملكية المشتركة موضع جدال، إلا أن محكمة النقض تأخذ بالوصف القانوني وتحترف، بنتيجة ذلك، لقضاة الأساس بسلطة سيده في التفسير»⁽¹⁾.

18 - تفسير محكمة النقض المباشر للاتفاقيات الجماعية :

يعدّ تفسير الاتفاقيات الجماعية بالتناقص إلى اللجان المتساوية التمثيل للتفسير (التي يجب إلزامياً أن تُنشأ في الاتفاقيات الجماعية للفروع والاتفاقات المهنية أو اليمينية)⁽²⁾ والقاضي العدلي هو المختص في أي حال في تفسير الاتفاقات الجماعية⁽³⁾، باستثناء القاضي الإداري⁽⁴⁾.

وتُطرح مسألة تفسير الاتفاقيات الجماعية والاتفاقات المهنية في تعابير خاصة لأن هذه الاتفاقات، من جهة أولى، هي عقود من القانون الخاص قبل أي شيء، وإنما عقود تملي قواعد عامة مطبقة داخل جماعة ما، وهذه الاتفاقات، من جهة ثانية، قابلة للاستناد، أي «قابلة لأن تغدو ملزمة للإجراء والمستخدمين جميعاً في حقل تطبيق هذه الاتفاقية أو ذاك الاتفاق بقرار من الوزير المكلف شؤون العمل بعد استطلاع رأي معمل للجنة الوطنية للمفاوضة» (المادة 133 - L. 8 من قانون العمل). وينزع إجراء التوسع هذا إلى أن يضمن على الاتفاقية أو الاتفاق طبيعة نظامية، ذلك بأن نصوصها مفروضة على أشخاص لم يوافقوا عليها⁽⁵⁾.

كان يمكن أن ندرك، في هذه الحالات، أن محكمة النقض تتخلى لسلطة قضاة الأساس السيدة عن تفسير الاتفاقيات أو الاتفاقات غير الموسعة (مع الاحتفاظ برقابة التشويه)، وإنما تقوم برقابة تفسير الاتفاقات الجماعية الموسعة عن طريق قرار.

بيد أن هذا التفريق لم تأخذ به محكمة النقض التي اختارت، منذ عام 1975، رقابة موسعة في تفسير الاتفاقيات الجماعية.

وقد جرى الاعتبار لمدة طويلة أن الطبيعة المتفق عليها في الاتفاقية الجماعية كانت

(1) انظر Weill, Terré et Simler, Les biens, رقم 618.

(2) المادة 131 - L. 17 من قانون العمل.

(3) G.H. Camerlynck, Droit du travail, VII, قانون العمل الجزء VII, Négociations, conventions et accords, collective, الطبعة الثانية، تأليف M. Despax، موسوعة Dalloz، 1989، رقم 196.

(4) M. Despax، المذكور سابقاً، رقم 197.

(5) قارن بالعقد الذي تصادق عليها السلطة الإدارية، الرقم 17 السابق.

تسوّغ تفسيرها كعقد عادي، أي كمقد يشكل موضوع تقدير سيد لقضاء الأساس قابلاً لعدم تصحيحه من قبل محكمة النقض إلا أن تكون شروط منازع فيها واضحة ومحددة بدقة فد جرى تشويهها من قبل القضاء الأول⁽¹⁾. وتؤدي هذه المبادئ إلى صعوبات عملية خطيرة. كان يمكن أن يكون لأحد شروط اتفاقية جماعية ذاته تفسيرات متناقضة حسب القضاء المراجع في نزاعات مختلفة. لذلك كانت موضع انتقاد⁽²⁾. قبل أن تكون قد كُتبت محكمة النقض مع الطبيعة الخاصة للاتفاقية الجماعية وقد قامت بذلك في حكم 2 تموز 1975⁽³⁾ الذي نقض حكماً من الدرجة الأولى لم تقبل بتفسيره لبندين من اتفاقية جماعية. وقد ذكرت هذه النصوص فقط، قبل أن تعتبر أن مجلس العمل التحكيمي طبقها بشكل خاطئ وبإتالي انتهاكها، وهكذا طبقت محكمة النقض على بنود اتفاقية جماعية مبادئ تفسير ذات طبيعة تقارن بمبادئ استخدمتها بالنسبة إلى أحكام قانون، طالما أنها نقضت حكماً لقضاء الأساس لعللة التطبيق المخاطيء لنصوص اتفاقية جماعية.

وقد تبنت الهيئة العامة لمحكمة النقض الحل عينه في 6 شباط 1976⁽⁴⁾، بنقض حكم استناداً إلى المواد من 1 - 31 من الكتاب الأول لقانون العمل «والمادتين 27 و 31 من الاتفاقية الجماعية لتجارة السلع المستحدثة (نرفوتيه) والمستحضرات المتعلقة بها في منطقة مدينة نانت»، ثم اعتبرت أن مجلس العمل التحكيمي «انتهاك النصوص المشار إليها أعلاه». وتمسكت أحكام حديثة بهذه المبادئ التي أصبحت مستقرة اليوم بنقض أحكام بدون العودة إلى بند في اتفاقية جماعية، وبالحكم بأن قضاء الأساس انتهكوا «النص المشار إليه أعلاه»⁽⁵⁾.

(1) نقض اجتماعي، 6 تشرين الثاني 1942، مصنف الاجتهادات الدوري 1943، II، 16220؛ 13 آذار 1968، النشرة المدنية V، رقم 153.

(2) M. Despar, Les conventions collectives, الطبعة الأولى، رقم 165 - P. Durand, Le dualisme de la convention collective، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1939، 533، رقم 27.

(3) قانون العمل، 1976، 306.

(4) النشرة المدنية، رقم 2، صفحة 13، مصنف الاجتهادات الدوري 1976، 18481، ملاحظة Groutel؛ القانون الاجتماعي، 1976، 472، ملاحظة J. Savatier.

(5) نقض اجتماعي في 4 تشرين الأول 1989 القانون العمالي 1990، 17، ملاحظة S. Benamara - Bouaziz، انظر في الانعكاس عين النقض الاجتماعي في 16 نيسان 1982، النشرة المدنية، V، رقم 280 صفحة 166 (نقض بسبب الخطأ في تطبيق اتفاقية جماعية الناجم عن تفسير مغلوطة لقضاء الأساس بدون الإسناد إلى أي تشويه) - 13 تشرين الأول 1988، النشرة المدنية، V، رقم 509، صفحة 330 - 20 تشرين الأول 1988، النشرة المدنية V، رقم 541، صفحة 348 - 22 حزيران 1988، النشرة المدنية، V، رقم 375، صفحة 243 - 5 أيار 1988، النشرة المدنية V رقم 277، صفحة 183 (انتهاك القانون والاتفاقية الجماعية بضم شرط غير منصوص عليه. وتقترب هذه الرقابة من رقابة التشويه بمعنى أن إدخال الشروط غير المنصوص عليها في البند يشكل تشويهاً عن طريق الضم) - الهيئة العامة، 6 نيسان 1990، النشرة المدنية، رقم 5، صفحة 9 - نقض اجتماعي في 4 نيسان 1990، النشرة المدنية، V، رقم 183، صفحة 98 (انتهاك الاتفاقية الجماعية بضم شرط غير منصوص عليه). أضف إلى ذلك: النقض الاجتماعي في 13 آذار 1991، النشرة =

من المسموح به التفكير في أن محكمة النقض إذا كانت لاتفرق بين أن تكون الاتفاقية الجماعية (أو الاتفاق) مبتدعة أم لا فذلك لأن الرقابة المباشرة التي تجريها هي رقابة ذات طبيعة موضوعية، بدون الإستناد إلى إرادة الفرقاء. والمسألة الوحيدة التي تطرح بالتالي هي معرفة لماذا تقبل رقابة التفسير في حين أنها، في الظاهر على الأقل، ترفض ممارسة رقابة تفسير العقود النموذجية⁽¹⁾. ويمكن اقتراح تفسير لذلك فالاتفاقيات الجماعية تحوي في الحقيقة أحكاماً شبه معيارية وهي على وجه الخصوص مزودة باستقرار معين، وهكذا تسمر الاتفاقية الجماعية حتى في حالة النقض في إنتاج مفاعيلها حتى الاتفاقية التي حلت مكانها أو في حالة عدم وجود مثل هذه الاتفاقية، لمدة سنة (المادة 8/138 L. من قانون العمل).

2) النقاش حول تفسير العقود النموذجية⁽²⁾

19 - الفقه مؤيد للاعتراف برقابة تفسير العقود النموذجية⁽³⁾.

يعتبر قسم من الفقه أنه من الأفضل، بالنسبة إلى بعض فئات العقود، أن تتخلى محكمة النقض عن مبدأ سيادة قضاة الأساس. وعقود الإذعان المبرمة على أساس طراز نموذجي مقصودة على وجه الخصوص.

وقد كتب Paul Esmein في المطوّل العملي للقانون المدني لـ Ripert و Planiol: «إن رقابة محكمة النقض للتفسير الذي يعطيه قضاة الأساس ضرورية على وجه الخصوص بالنسبة إلى العقود المصانة عقود الإذعان والمبرمة في صياغات متماثلة مع سلسلة من الأشخاص. ومن المؤسف أن يكون بإمكان المحاكم أن تعطي تفسيراً مختلفاً وفقاً للأشخاص المعنيين⁽⁴⁾. كما كتب النائب العام السيد Lindon، في عرض بعنوان مثير: لكل محكمة حقيقتها⁽⁵⁾، طالباً إلى المشتري التدخل من أجل الاعتراف لمحكمة النقض بسلطة رقابة «العقود المنظمة بتعابير متماثلة بين مختلف الفرقاء».

المدينة، ٧ رقم 132، صفحة 83 - الهيئة العامة، 26 نيسان 1991، النشرة المدنية، رقم 2، صفحة 3 - النقض الاجتماعي 7 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، ٧، رقم 504، صفحة 319 - النقض الاجتماعي في 13 تموز 1993، النشرة المدنية، ٧ رقم 205، صفحة 141 - 21 تموز 1993، النشرة المدنية ٧ رقم 213، صفحة 145.

(1) انظر الرقم 21 السابق.

(2) types des contrats typiques، J. Lésaut، المجلة الفعلية للقانون المدني، 1953، صفحة 429 وما يليها. R. Paisant، Le contrôle de la Cour de cassation en matière de contrat، مجلة قصر العدل، 1948، I، الفقه صفحة 26 - B. Boccard، Le clair et l'obscur (à propos de l'interprétation judiciaire des clauses type)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، I، 2910.

(3) انظر تعريف العقد النموذجي في: تكوين العقد، رقم 80. انظر في ما يخص دراسة شاملة G. Berlioz، Le contrat d'adhésion، أطروحة في L.G.D.J.، باريس، مقدمة Goldman B.، الطبعة الثانية، 1976، ولا سيما الرقم 235 وما يليه، صفحة 122 وما يليها.

(4) المرجع عينه، رقم 375، صفحة 488.

(5) مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، I، 2081.

وفي عام 1944 جرى التمسك بأن هناك تماثلاً بين القواعد القانونية والقواعد النموذجية التي يعضدها بعض الهيئات، وهي علاقة أكيدة ذلك بأن هذه القواعد كانت «مرودة قانوناً أو واقعاً بقوة ملزمة إلى حد ما»⁽¹⁾، تسوّغ توسيع سلطات محكمة النقض.

وليست فكرة الرقابة الموسعة بالنسبة إلى بعض العقود جديدة. فقد ركز النائب العام Baudouin في طلباته النازعة إلى نقض حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 30 كانون الأول 1903 على ما يلي: إن الحكم الذي أُنتم مدعوون إلى إصداره يمكن أن تكون له أهمية ضخمة. إن ردة الفعل ستكون حتى ما لا نهاية له، ذلك بأن الشرط المنازع فيه ليس على الإطلاق شرطاً معزولاً موحى به إلى الفرقاء المتخاصمين بنزوة فردية، انه مستخرج ومستنسخ عن صيغة غرفة الكتاب العدل في باريس، وأُنتم تقرأونها بلا انقطاع في عقود الزواج المعبرمة في بلدان نظام الباتنة في اليندي Midi كما في الشمال والغرب. وبالتالي لن تكون قد وزعنا حكماً أكثر من اللازم. ولن تكون كذلك قد تجنبنا الصعوبة؛ ذلك بأننا أمام ثلاثة أحكام صادرة عن محاكم مختلفة أعطت، أمام الشرط المنازع فيه عينه، في الحقيقة مدى مختلفاً حسبما قُدّرت في باريس أو في تولوز. وسيكون من المؤسف فعلاً أن لا تكون الحقيقة هي عينها على ضفاف نهر السين وشواطئ نهر الغارون. وسيكون العقل مشوشاً والعدالة جريحة مهما قيل في هذا الشأن»⁽²⁾. إن قرار الاتهام هذا الذي يترجم بوضوح تام رأياً ينقسمه العديد من المؤلفين لم تأخذ به المحكمة في الحالة المعروضة عليها وأصدرت حكم رَدَ معلل بالسلطة السبذة لقضاة الأساس. كما ردت أيضاً في 28 كانون الثاني 1907⁽³⁾ طعنًا مقدماً ضد قرار محكمة استئناف تولوز بتاريخ 8 شباط 1904 الذي أخذ بتفسير مختلف عن الشرط المنازع فيه متزعة دائماً بسلطة قضاة الأساس السبذة.

وحكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض بتاريخ 18 تشرين الثاني 1930 «بأنه يعود إلى قضاة الواقع تفسير الشرط عينه في عقدين متماثلين وتقديره حسب الوقائع والظروف الخاصة بكل عقد»⁽⁴⁾.

20 - الاعتراضات:

إن تفسير العقود النماذج المأمول به معنوياً يصطدم بعقبات نظرية يصعب تذليلها. فالعقد النموذجي ليس قاعدة قانونية وليس معياراً موضوعياً، ذلك بأن السلطة العامة وحدها مزودة بالسلطة المعيارية⁽⁵⁾. وقبول رقابة تفسير العقود النموذجية يعني الاعتراف

(1) R. Houin، ملاحظة على حكم نقض بناء على عريضة في 26 تشرين الأول 1942، Sirey 1944، 1، 23.

(2) يوميات الكتابة العدل، 1907، البند 28920، صفحة 149.

(3) يوميات الكتابة العدل، 1907، البند 28921، صفحة 166، Dalloz «الدوري» 1910، 1، 97، مجلة قصر العدل، 1907، 1، 1228 Sirey 1912، 1، 22.

(4) مجلة قصر العدل، 1930، 2، 940.

(5) J. Léauté، المقالة المذكورة آنفاً، رقم 912، صفحة 436 وما يليها، رقم 19، صفحة 442، «المعدل النموذجي» نعل إرادة خاصة لا لعل سلطة تشريعية. ويلاحظ المؤلف أن السلطة المعيارية للطوائف المهنية كانت غير =

للممارسة بدور منشئ للقانون؛ ويكون ذلك مصدراً حقيقياً للقانون.

وقد أبدى أحد المؤلفين السيد Boré أربعة اعتراضات رئيسية. ففقود الإذعان لا توفر وحدة تحرير نص تشريعي أو نظامي⁽¹⁾. ويحوي العديد من عقود الإذعان بدائل جمة. وغالباً ما تكون هذه العقود متكيفة مع وضع خاص. يضاف إلى ذلك أن العقد لن تكن له عمومية القاعدة القانونية⁽²⁾، بحيث أن «وحدة الاجتهاد فلما يتم التوصل إليها بالتفسير المتناقض لقضاة الأساس، إلا أن يكون الأمر متعلقاً بتفسيرات مختلفة لمادة من القانون»⁽³⁾، ثم إن العقد هو موقت بشكل أساسي ولا يقدم الطابع الدائم (كذا) للقاعدة القانونية⁽⁴⁾. والعقد النموذجي أخيراً، على وجه الخصوص كما يقول المؤلف، لا يصدر عن السلطة العامة⁽⁵⁾.

21 - تطبق محكمة النقض، على وجه العموم، مبدأ سيادة قضاة الأساس في تفسير العقود النموذجية⁽⁶⁾.

على أنه يجري بيان بعض الأحكام التي تخضع لرقابة محكمة النقض - استثناءات للمبدأ معتبرة محدودة جداً من قبل بعضهم⁽⁷⁾؛ - غير أن مدى هذه الأحكام موضع جدال⁽⁸⁾.

* مرجودة. والملاحظة ينبغي أن تبين الفروق الدقيقة تلك بأن الثقات المهنية، ومنها نقابة المحامين، يمكن أن تملئ قواعد ملزمة بالنسبة إلى أعضائها.

(1) المرجع عنه، رقم 1273.

(2) المرجع عنه، رقم 1274.

(3) تقرير Pilon حول عريضة 23 شباط 1932، Dalloz الدوري 1932، 1، 141 الذي استشهد به J. Boré، المرجع عنه.

(4) المرجع عنه، رقم 1275.

(5) المرجع عنه، رقم 1276.

(6) انظر بالنسبة إلى تأكيد سلطة قضاة الأساس السيد، J. Boré، La cassation، رقم 1278، الاستشهادات المدنية الواردة - Ph. Simler المذكور آنفاً، رقم 158، الاستشهاد الوارد - انظر على سبيل المثال، النقض في مناسبة عريضة 26 حزيران 1901، Dalloz الدوري 1902، 1، 231 (تفسير تم اعتباره سبباً في شأن تسوية صندوق التواعد) - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 حزيران 1971، النشرة المدنية، 1، رقم 185، صفحة 155 (تفسير سيد لأنظمة رابطة أعلنت ذات منفعة عامة) - نقض تجاري في 13 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، IV رقم 311، صفحة 255 (تفسير سيد لاتفاق بين محطتي شركة نفطية واتحادات بائني المفرق) - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 حزيران 1989، النشرة المدنية، I، رقم 263، صفحة 168 (تفسير سيد لأنظمة شركة ذات منفعة جماعية زراعية) - M. Sérioux، المرجع عنه والتعبير المذكور، وقد تسلك المؤلف مع ذلك بأن محكمة النقض كانت تهجد في رقابة تفسير العقود التماذج مما يكذب دراسة الاجتهاد.

(7) J. Flour et J. E. Aubert، الموجبات، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة 1990، رقم 399 - B. Starck تأليف H. Roland et L. Boyer، الموجبات، المجلد 2، العقد، الطبعة الرابعة، منشورات Litec، 1993، رقم 182.

(8) نقض في مناسبة عريضة 26 تشرين الأول 1942، Sirey 1944، 1، 21، ملاحظة R. Houin، في صدد تفسير قواعد بحرية في York وAnvers لعام 1944 (وإنما تاقضتها الغرفة التجارية في محكمة النقض بتاريخ 15 أيار 1950، Dalloz 1950، 773، ملاحظات G.R. الثاني الذي يؤكد سلطة قضاة الأساس).

ويلاحظ بالتالي أن رقابة التشويه تتيح، عندما يجري الحكم بأن أحد بنود العقد النموذجي واضح ومحدد، تحديد معناه نهائياً بالنسبة إلى العقود كافة⁽¹⁾.

إلا أن موقف الاجتهاد ليس سلباً إلى درجة أن هذه الملاحظات تدعو إلى التفكير فيه. ومن أجل الاقتناع ينبغي طرح مشكلة التفسير بتعابير ذاتية وتعابير موضوعية.

من الأكيد، في نظام تسيطر عليه الإرادية، أن محكمة النقض لا تملك أي سلطة لتفسير عقد نموذجي، ذلك بأن الأمر يتعلق دائماً بعقد ما. والتفسير الذاتي غير قابل للفهم. وأي محاولة معدة لحمل الهيئة العليا على تحويل مذهبها لا يمكن إلا أن يكون مصيره الفشل (إلا في حالة قبول أن محكمة النقض يجب أن تصبح المحكمة السيدة).

وبالمقابل يمكن قبول تفسير وفقاً لطريقة موضوعية بدون قلب مبادئ توزيع الصلاحيات بين قضاة الأساس ومحكمة النقض. فالتفسير الموضوعي مجرد من أي بحث عن الإرادة سواء أكان المقصود إرادة المتعاقدين أو إرادة محرر العقد (النسذجي) عندما يكون شخصاً ثالثاً. والحال، كما سنرى⁽²⁾، أن محكمة النقض تستخدم هذه الطريقة محققة بذلك وحدة في تفسير بعض الشروط؛ ولن يكون هناك ما يدعو إلى المفاجأة في ملاحظة أن محكمة النقض تتدخل على وجه الخصوص في مجال عقد التأمين - العقد النموذجي بالامتياز - إلا أنه يجب أن نرى أن التفسير الموضوعي ليس خاصاً بالعقود النموذجية. إنها طريقة مندورة للتطبيق بصورة عامة. ولا تقدم حالة تفسير العقود النموذجية في هذه الشروط أي أصالة.

وفي النهاية نرى أن محكمة النقض وغماً عن بعض الانتقادات ترفض بحزم الرقابة الذاتية للعقد. على أن السلطة السيدة المعترف بها هكذا لقضاة الأساس محصورة في بعض الحدود ذلك بأن محكمة النقض ترأب شروط ممارسة التفسير.

= (السيدة) - نقض مدني في 14 كانون الثاني 1931، Dalloz، الدوري 1931، ص 5، طليات Matter، ملاحظة R. Savatier. نقض مدني في 18 آذار 1942، Sirey، 1943، 1، ص 13، ملاحظة Houin (تعريف مفهوم «رخصة سوق نظامية» تجاه وثيقة تأمين برليصة). غير أنه جرت الملاحظة أن أي نقاش لم يتم حول تفسير الشرط، J. Boré، La cassation، المشار إليه سابقاً، رقم 1282. على أن الحكم ملتبس طالما أن محكمة النقض أخذت: «بأن رخصة السوق التي تصدتها وثيقة التأمين لا يمكن أن تكون سوى الرخصة التي فرضتها شرطة السير لقيادة الشاحنة الصغيرة المينة في عقد التأمين» - نقض مدني في 4 أيار 1942، Dalloz الأسبوعي 1942، 1، ص 131، ملاحظة A. Besson (في شأن إدارة الدعوى M. Boré، La cassation، رقم 1283، وهو يلاحظ مع ذلك أن هذا الحكم هو في إطار رقابة التشويه).

(1) Ph. Malaurie et L. Aynès، الموجبات، منشورات Cujas، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 630، صفحة 347، J. Boré، La cassation، رقم 1280 و 1281، صفحة 427، وإنما بقي متشككاً حول استخدام هذه الطريقة - وعلى نقض ذلك، Weill et Terré، الموجبات، الطبعة الرابعة، مسروعة Dalloz، 1986، رقم 371، صفحة 375، وينبع التشويه في عرفهما رقابة تفسير غير صحيح بصورة جلية بدون تحقيق تفسير موحد. ولم تعد المسألة مثارة من قبل Lequette et Y. Simler et Y. Lequette، 1993، F. Terré، Db. Simler، رقم 434 في الطبعة الخامسة للموجز في الموجبات.

(2) انظر الرقم 42 اللاحق وما يليه.

II - محكمة النقض تراقب شروط ممارسة التفسير

22 - تحوي ممارسة سلطة التفسير مظهرين: إنها مرتبطة بالتباس العقد وهي مفروضة بسبب التباس العقد.

أ - ممارسة سلطة التفسير مرتبطة بالتباس العقد:

23 - لا يستطيع قضاء الأساس ممارسة أي سلطة للتفسير عندما يكون العمل (الوثيقة) واضحاً ودقيقاً تحت طائلة النقض لعللة التشويه⁽¹⁾.

لا تفسر محكمة النقض كما رأينا⁽²⁾ هي نفسها الأعمال القانونية. والحال أن الاعتراف لقضاء الأساس بسلطة تفسير إرادة المتعاقدين يمكن أن يقود إلى نوع من تجاوز حد السلطة. وكما عرض السيد Boré، في نهاية المطاف، في المطول في النقض في المادة المدنية⁽³⁾، يكفي أن يدعي القاضي، بصورة واضحة إلى حد ما، أن العمل المتنازع فيه يستوجب التفسير لتغليب وجهة نظره الخاصة حول تعابير العمل وبالتالي تعديل الموجبات الملقة على عاتق الفريقين بحرية، فتكون المادة 1134 من القانون المدني مطوقة وقانون الفريقين متكهناً. وعليه تكفي محكمة النقض إذ ذاك بنقض انتهاك القضاء وجود الموجبات العقدية الذي يعترفون⁽⁴⁾ به مما يشكل نقضاً لعللة عدم استنتاج النتائج القانونية للثبوت من الوقائع الواردة في الحكم الذي تناوله النقض⁽⁵⁾. وقد حكمت محكمة النقض في حكم مبدئي

(1) انظر J. Boré, La cassation سابقاً، رقم 2306 وما يليه - J. Doré, Un centenaire الذكر، صفحة 249 وما يليها - G. Marty الأطروحة الأنفة الذكر - J. Voulet, Le grief de dénégation devant la Cour de cassation، مصنف الاجتهادات الدوري 1971، I، 2410 - تنقض محكمة النقض أحياناً بصورة غير مباشرة التكرار للعقد استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني بدون الاستناد إلى نظرية التشويه. انظر كسثال حكم الغرفة المدنية الأولى، 5 أيار 1993، النشرة المدنية، I رقم 159، صفحة 110. والأمر كذلك لأن قضاء الأساس لا يفسرون العقد وإنما يطبقون اشتراطاً عقدياً على حالة لا يتناولها.

(2) انظر الرقم 13 السابق.

(3) المرجع عنه، رقم 1228 وما يليه، صفحة 414 وصفحة 415.

(4) انظر بهذا المعنى النقض في مناسبة عريضة 22 تشرين الثاني 1965، 66 Sirey، 1، 23 Dalloz الدوري 66، 1، 108: أمن حيث أنه لا يمكن أن يكون هناك انتهاك للمادة 1134 إلاّ بمقدار ما يكون القاضي، بعد أن ينتبذ من وجود العقد ومعناه، قد اعتقد أن ثمة إمكانية، بلورية ما، لتعديل ما اعترف بأنه كان موضع اتفاق بين الفريقين. أضاف إلى ذلك النقض في مناسبة عريضة 18 تموز 1871، 71 Dalloz، 1، 283. انظر: J. Boré, Un centenaire، الفقرة المذكورة سابقاً، رقم 5، صفحة 263. انظر بالنسبة إلى فرضية اعترف بمقتضاها قضاء أدنى بوجود شرط واضح ودقيق، وإنما رفض تطبيقه تحت غطاء تفسير إرادة الفريقين المشتركة، النقض المدني في 14 كانون الأول 1942، D.C. 1944، صفحة 112، ملاحظة P.L.P. أضف إلى ذلك: النقض التجاري في 17 أيار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 182، صفحة 113.

(5) انظر على سبيل المثال النقض التجاري بتاريخ 2 شباط 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 55، صفحة 39. كان على محكمة الاستئناف، بالنظر إلى هذا الشيء، أن تأخذ بأن العقد المتنازع فيه كان ضماناً مستغلاً ولم يكن كفالة، بدون أن تتمكن من أن تحتمي وراء القاعدة التي تقضي بوجوب تفسير الشرط عندما يكون غامضاً لصالح من تعاقده على الموجب.

بتاريخ 15 نيسان 1872⁽¹⁾، في سبيل الحيلولة دون هذه المحاولة، بأنه «من غير المسموح به للقضاء، عندما تكون معايير الاتفاقيات واضحة ودقيقة، أن يشوهوا الموجبات الناجمة عنها وأن يعدلوا الاشتراطات التي تضمنتها»⁽²⁾.

ويمكن تعريف التشويه بأنه تنكّر قاضي الأساس لمعنى مستند خطي واضح ودقيق⁽³⁾.. ذلك بأن مجاله أوسع من عقد عادي⁽⁴⁾ - في شأن مستند خطي وحسب⁽⁵⁾.. وهكذا يضع وضوح العقد الحد الذي لا يبع سلطة تفسير قاضي الأساس تجاوزه. فليس بإمكان قاضي الأساس أمام عقد مجرد من الغموض أو اللبس إلا أن يطبق قانون الفريقين بدون قيد أو شرط وبدون تعديل أو إضافة أو بتر⁽⁶⁾.

وهكذا تغلب نظرية التشويه فكرة أن إعلان الإرادة هو فوق الإرادة الداخلية⁽⁷⁾.

ولم تحظ رقابة التشويه بالإجماع في الفقه.

فقد عارض Faye⁽⁸⁾ بشدة رقابة التشويه لأنها اقتحام مجال الواقع. أما السيد Boré فقد رفض هذه الحجة بالأخذ بأن التشويه يبيح تأمين فعالية ما تأمر به المادة 1134 إن القانون المدني⁽⁹⁾، ولأن إعلان الإرادة المعبّر عنه بوضوح يجب أن يتفوق على نية الفريقين المفترضة كي لا يكون شرط الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة مضمراً⁽¹⁰⁾. وهذه الملاحظات جواب كذلك على الانتقادات العامة لمؤلفين آخرين.

(1) Dalloz الدوري 72، 1، 176؛ Sirey 73، 1، 232.

(2) بعض الأحكام الساندة الصادرة في مجال تفسير الوصايا حكم في هذا الاتجاه، انظر حول هذه النقطة التاريخية G. Marty، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 149، صفحة 308 وصفحة 309 والاجتهاد المستشهد به.

(3) J. Boré، Un centenaire، رقم 8، صفحة 254.

(4) J. Boré، La cassation، المذكور سابقاً، رقم 2352. انظر، ك مثال على تشويه وصية، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 أيار 1953، مصنف الاجتهادات الدوري، 1954، II، 7730، الملاحظة A.P.

(5) مطعن التشويه غير قابل للتطبيق في اتفاقية شفوية، الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 3 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، II رقم 329. أنه لا يتعلق بمواقف القضية، انظر Voullet، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 7.

(6) J. Boré، La cassation، المذكور آنفاً، رقم 2396 وما يليه؛ Un centenaire، رقم 72، صفحة 279 وصفحة 280. انظر كأمثلة على التشويه عن طريق الإضافة النقض التجاري في 13 شباط 1990، النشرة المدنية، IV رقم 39، صفحة 126، الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 13 أيار 1991، النشرة المدنية، II، رقم 145، صفحة 178، الغرفة المدنية الأولى، 4 حزيران 1991، النشرة المدنية، I، رقم 175، صفحة 115. قارن بالأحكام التي ترفض التعزير الموضوعي لمحتوى العقد الرقم 49 اللاحق.

(7) A. Rieg، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 394 وما يليه، صفحة 388 وما يليها.

(8) La Cour de cassation، رقم 171 وما يليه الذي استشهد به J. Boré.

(9) La cassation، المذكور سابقاً رقم 23 29 Un centenaire؛ المقالة المذكورة سابقاً رقم 23 صفحة 280.

(10) La cassation، رقم 2331 وما يليه؛ Un centenaire، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 24، صفحة 260 وصفحة 261.

ورأى Dereux⁽¹⁾ في عام 1905 إن نظرية التشويه كانت غير منطقية ولا ترضي حاجات الممارسة. إنها غير منطقية لأنه كان يتم الاحتفاظ بفكرة أن التفسير يعود حصراً إلى البحث عن النية. والحال أن مسألة النية مسألة واقعية بالضرورة. وهكذا يكون ثمة تدخل لقاضي النقض في مجال الوقائع. ثم إن نظرية التشويه تركز على معيار غير قابل للإحاطة به. وليس هناك أكثر غموضاً من فكرة «العمل الواضح». وكانت الإجابة على ذلك أن معيار الموضوع في مجالات أخرى كان مستخدماً بدون سيئات تستحق الذكر - مراجعة تفسيرية، إحالة إلى القضاء الإداري لتفسير عمل إداري فردي⁽²⁾. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض لا تطبق نظريتها على الشروط النماذج في حين أن وحدة التفسير مفروضة في هذا المجال. وأخيراً عندما ثبت محكمة النقض بصعوبة «تفسير» تصدر حكمها دائماً لصالح تفسير حرفي في حين أن المادة 1156 تأمر بالمكس. وينادي الناقد بالتالي بأن تراقب محكمة النقض تفسير العقود الخاصة بدقة أكثر وفي مجال أوسع مع التغلب عن التفسير الحرفي للأخذ بمعنى سوى متوافق مع الإنصاف وحسن النية.

وقد أدان Baudry - Lacantinerie و Barde نظرية التشويه ببرهانين. إنها، من جهة أولى، تفتح «الباب على مصراعيه للكيفي». ومن جهة أخرى تغدو مسألة معرفة ما إذا كانت تعابير عقد ما مجردة من الغموض مسألة واقعية بشكل أساسي⁽³⁾.

إن التفريق بين العقود الواضحة والعقود الغامضة كانت، إضافة إلى ذلك، موضوع محاربة، مما يعود بالضرورة إلى إدانة نظرية التشويه. وكذلك جرى التمسك بأن الغموض يجب أن لا يكون شرطاً للتفسير ذلك بأنه إذا كانت تعابير العقد يمكن أن تكون واضحة، فإن ذلك لا يستدعي أن تكون الإرادة على هذا النحو. وبالتالي جرى اقتراح معيار آخر مرجح: «الشرط الوحيد» - الضروري والكافي - ليكون ثمة مجال لتفسير العقد هو وجود نزاع بين الفريقين⁽⁴⁾. بيد أن افتتاح الدعوى أمام القضاء، كما لاحظ السيد Boré، لها فضيلة نفي أي وضوح وتالي بالتالي «إذن بالتشويه» من قبل القاضي الناظر في الخلاف⁽⁵⁾.

ولم تتأثر محكمة النقض أبداً بانتقادات الفقه وقد طبقت دائماً نظرية التشويه باللجوء إلى معيار وضوح العقود.

على أنه ينبغي، بدون الدخول في تفاصيل الشروط الشكلية لقبولية مطعن التشويه⁽⁶⁾،

(1) Dereux، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 88 وما يليها.

(2) J. Boré، La cassation، المذكور سابقاً، رقم 2346 وما يليه؛ Un centenaire، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 33 وما يليه، صفحة 266.

(3) Traité théorique et pratique de Droit civil français، الموجبات، المجلد 1 الطبعة الثالثة، 1906، رقم 337، صفحة 387.

(4) J. Lopez Santa Maria، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 31.

(5) La cassation المذكور آنفاً، رقم 2384؛ Un centenaire، رقم 62، صفحة 275.

(6) انظر حول هذه المسألة دراسة J. Boré الشاملة المذكورة آنفاً رقم 2369 وما يليه.

التعين أنه يقتضي أن يتذرع به المتقاضي - ليس في وسع محكمة النقض إثارتة تلقائياً - والعمل المشوب بالتشويه يجب أن يكون ناتجاً بتمامه⁽¹⁾. وبالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون الأمر متعلقاً بمسند أجنبي عن الدعوى⁽²⁾.

ويبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض أرادت اليوم حصر قبولية مطعن التشويه في حدود ضيقة. وهكذا حكمت في حكمها بتاريخ 14 نيسان 1992⁽³⁾ وفي تشرين الثاني 1992⁽⁴⁾ بأن «تقدير المدى القانوني لعمل ما بدون الاستنساخ الصحيح لتعابير له ليس قابلاً للطعن عن طريق مطعن التشويه». كما أصدرت في 2 آذار 1993⁽⁵⁾ ر 29 حزيران 1993⁽⁶⁾ حكماً في الاتجاه عينه.

وحارب السيد Boré بقوة نزعة الغرفة التجارية هذه: «يكفي أن يتخذ القاضي الحيطة ببيان المضمون الصحيح للمسند الخطي لكي يفعل بعد ذلك ما يشاء. إن ثمن الحصانة معدوم». إن المعلق، بعبارة عن التأثير، لاحظ أن مذهب الغرفة التجارية مناقض جذرياً للمفكر التاريخي لمطعن التشويه مشدداً على أن «احترام القاضي لحقيقة إثباتات الدعوى هو، بالنسبة إلى المتقاضين الذين يحضرون أمامه، أكثر المضمانات ضرورة». يرشد المؤلف بعد ذلك على أن موقف الغرفة التجارية كان معزولاً.

كما بين السيد Boré، في ملاحظات لاحقة على حكم للغرفة التجارية في 6 تموز 1993⁽⁷⁾، إن هذه الغرفة لم يكن بإمكانها تطبيق مذهبها حقيقة وأنها كانت مكروهة على نقض حكمين لعله التشويه بدون إثارة هذه الإمكانية للنقض وإنما بنقض أحكام المحاكم الأدنى لعله التنكر القانون العقد.

وبالمقابل دافع المستشار العنيد Perdriau بنفس القوة عن المفهوم الحاصر لمطعن النقض. وأثار في المقام الأول حسنة البساطة؟ بيد أن هذه الحسنة ليست دائماً الطريقة الأكثر

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 14 حزيران 1989، النشرة المدنية، III، رقم 135، صفحة 74. بيد أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في حكمها بتاريخ 4 شباط 1986 (النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 3) اعترفت لنفسها بحقها في أن تفرض على المدعي عليه في الطعن أن يقدم تحت طائلة الغرامة المالية المسند المشوب بالتشويه من قبل المدعي في حين أن محكمة النقض غير صالحة، من حيث المبدأ، للامر بتأخير تحقيق سبب التفریق بين الواقع والقانون وبمقدار ما لا يظهر أن عدم التقديم مشوب إلى المدعي يكون هذا الحل ملائماً. أنه يرضى في أي حال ما تنص المادة 10 من القانون المدني التي تنص على أن «كل واحد ملزم بتقديم مساعدته للعدالة لإظهار الحقيقة». ومن يتخلف عن هذا الموجب بدون عذر شرعي عندما يكون مطلوباً شرعاً يمكن إكراهه على ذلك وعند الحاجة تحت طائلة تفریم مالي أو غرامة مدنية بدون عطل وغیره».

(2) نقض تجاري في 4 كانون الثاني 1994، النشرة المدنية، IV، رقم 8، صفحة 6.

(3) مصنف الاجتهادات الدوري 1993، II، 22079، ص. 256 ملاحظة J. Boré.

(4) Contrast - Concurrence - Consommation، 1993، صفحة 6، رقم 6، ملاحظة L. Leveneur.

(5) مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، 22072، ملاحظة A. Perdriau.

(6) النشرة المدنية IV، رقم 271، صفحة 191.

(7) مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، 32126، صفحة 373.

ملاءمة لتسوية المسائل المعقدة. بعد ذلك دافع المستشار العميد Perdriau عن فكرة أن التشويه يقتضي أن يكون له طابع مادي على وجه الحصر، ذلك بأن التشويه، في النهاية، مسألة واقعية يقتضي أن لا تنظر فيها محكمة النقض بسبب المبدأ الأساسي للتفريق بين الواقع والفانون. ويتعبّر آخر يغدو التشويه الفكري، بدون استنساخ غير صحيح للاشتراطات العقدية، مجرد غلط واقعي. ويعود البرهان الأخير في نهاية المطاف في الفكر الراوع إلى مفهوم ضيق للتشويه يتيح إيقاف الموج المتناهي للمطاعن المستندة إلى تشويه مزعوم. إن وثاق صلة هذا البرهان بالموضوع تستحق وضع إحصاءات لعدد أنواع التشويه المتذرع بها بالنسبة إلى عدد أسباب التسويغ الخاصة لتقدير محكمة النقض وليس بالنسبة إلى الطعون.

إن هذا الدفاع عن المفهوم المادي لمطعن التشويه لا يقتنعنا. إننا نميل إلى مفهوم السيد Boré ملاحظين معه أنه ليس في معاقبة محكمة الاستئناف لأنها «تكررت لفانون المقدة» أو لعل «التشويه» الفكري للعقد سوى فارق تعبير شكلي خاصته الوحيدة أنه يفسح في المجال للالتباس.

24 - النقاش حول طبيعة رقابة التشويه.

ينزع تحليل العميد Marty إلى إرجاع تقدير الطابع الواضح والدقيق للعقد إلى تقدير وثاق أسباب التعليل التي يضعها قضاة الأساس في المقدمة بالموضوع من أجل تسويغ ممارسة سلطة التفسير. ويلخص المؤلف فكرته على هذا النحو: «يظهر الشرط المنازع في لها (لمحكمة النقض) في معنى واضح وبديهي؛ وتحقق المحكمة من جهة أولى من القاضي فسر الشرط بشكل مختلف واعترفت له بمدى متناقض مع معناه السوي. وفي هذه الحالة تبحر المحكمة العليا عن طريق تفحص أسباب التسويغ عما إذا كان تفسير القاضي مقبولاً عن طريق استنتاجات معقولة مستخرجة من التفسير بشروط العقد الأخرى أو بتثبيت خارجي. فإذا كان الأمر على هذا النحو فإنها ترد الطعن». وفي الحالة المعاكسة تنقض الحكم⁽¹⁾. ولن يكون التشويه تقنياً سوى عدم كفاية أسباب التسويغ مما يقربه من إمكانية أخرى للنقض: فقدان الأساس القانوني⁽²⁾.

ويقابل هذا المفهوم الذاتي للطابع الواضح والدقيق للعقد أو للشرط مفهوم موضوعي تنسب آيوته Lerebours-Pigeonnière⁽³⁾. ففي عرف هذا المؤلف: «عندما نكون أمام شرط واضح ودقيق، أيأ كانت أسباب التسويغ التي يمكن أن يقدمها القاضي، لا تدع محكمة النقض هذا الحكم يعر؛ ذلك بأنه بالنسبة إلى محكمة النقض ليس هناك مجال للتفسير. إن المسألة كلها هي مسألة معرفة ما يلي: هل هناك مجال للتفسير أم لا؟ وعندما يعبر الفريقان عن إرادتهما التي أفصحا عنها بالتعابير التي عبرا عنها، والتي لها مدى شرعي، على القضاة

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 151، صفحة 318.

(2) انظر أيها G. Marty et Reynaud، المرجع عيه، رقم 244.

(3) A. Ricg، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 397، صفحة 381.

تطبيق العقد كما هو⁽¹⁾. وبالنسبة إلى السيد Rieg⁽²⁾ ينتج عن أحكام عديدة صادرة عن محكمة النقض أن تحديد معنى التعابير الواضحة والدقيقة ظاهرياً ينبغي تطبيقه موضوعياً. على أنه يمكن التساؤل عما إذا كانت محكمة النقض، تحت غطاء تقدير وضوح التعابير، تفرض في الحقيقة تفسيرها الخاص، ذلك بأنها لا تكتفي بالثبوت من أن شروط ممارسة التفسير مجتمعة. فتقع اذاك في مجال تفسير تكويني.

ويأخذ السيد Boré بمذهب يندرج في هذا التيار من الفكر⁽³⁾. ليس هناك غياب لبس التسوية يجعل محكمة النقض في استحالة رقابة القانون المطبق؛ فالقاضي قد أعطى بالفعل عن طريق التفسير الذي لجأ إليه أسباب تسوية لدعم قراره. وما تعاقبه محكمة النقض هو ممارسة القاضي سلطة تفسير ليست له بسبب وضوح العقد ووقته وفي هذه الرؤية يقتدر قاضي النقض بصورة مباشرة خصائص العقد لا قيمة أسباب تسوية الحكم المطعون فيه أمامه.

25 - تقدير الطابع الواضح والدقيق للعقد.

إن محكمة النقض هي التي تقدر الطابع الواضح والدقيق للعقد المتدفع بشكوكه⁽⁴⁾. وبتمبير آخر هي تراقب مباشرة شروط وضوح العقد ودقته⁽⁵⁾.

ولذلك تمكن أحد المؤلفين من أن يقدر أن تقنية التشويه ليست سوى وسيلة تتزود بها محكمة النقض لرقابة الحلول التي يأتي بها القضاة لمشاكل الأساس⁽⁶⁾، وأضاف أنه ربما لا طائل تحته البحث في اجتihad محكمة النقض عن معيار جدي بين الواضح والغامض⁽⁷⁾.

إن هذه الملاحظات تحوي بالتأكيد جزءاً من الحقيقة غير أنه، في مطلق الأحوال، ليس هناك تدخل حقيقي في مجال الواقع كما جرى زعمه أحياناً⁽⁸⁾. فمحكمة النقض تكتفي في الواقع بالثبوت من أن العقد، أو الشرط المتنازع فيه، يتجاوب مع معيار الوضوح الذي طرحه - حتى ولو كان هذا المعيار من الصعب الإحاطة به⁽⁹⁾ - لكي يكون التفسير ضرورياً أم

(1) مناقشة حول عرض G. Marty خلال أعمال رابطة H. Capitant المذكورة آنفاً؛ صفحة 103.

(2) الأطروحة الألفية الذكر، رقم 398، صفحة 393، وما يليها.

(3) La cassation، المؤلف الذكر، رقم 2315، Un centenaire، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 13.

(4) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 11 حزيران 1979، النشرة المدنية IV، رقم 194، صفحة 158.

(5) تستخدم محكمة النقض، عند الانتفاء، التعابير: فأخذت محكمة الاستئناف من وجه حق بأن الشرط المتنازع فيه هو واضح ودقيق، أو «فدورت بصواب أن» - انظر النقض التجاري في 12 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 306، صفحة 262، التي استخدمت التعبير «أعلنت محكمة الاستئناف بصواب أن الشرط المتنازع فيه كان واضحاً».

(6) T. Ivainier، La lettre، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 21، الأحرار المتخفية في النص.

(7) T. Ivainier، L'ambiguïté، المقالة الألفية الذكر، رقم 29، صفحة 157.

(8) انظر الرقم 23 السابق.

(9) انظر في شأن محاولة تحديد دقيق لمفهوم «الوضوح» J. Boré، La Cassation، المذكور سابقاً، رقم 2391 وما يليه؛ Un centenaire، رقم 68 وما يليه صفحة 277 وصفحة 278.

لا⁽¹⁾. وهذا النموذج من الرقابة لا يستبعد بالطبع نوعاً من التعسف. والالتباس (والوضوح) في عقد يترجم بطرق مختلفة⁽²⁾. وأحد الشروط يمكن أن يكون ملتبساً داخلياً، وخارجياً.

فالالتباس الداخلي ينتج عن تعدد المعاني الممكنة بالنسبة إلى كلمة أو تعبير، مما يفترض أنه غير محدد من قبل المتعاقدين. وهكذا جرى الحكم بأن عقد تأمين هو ملتبس بكونه لا يحدد كلمة «مالك» ويكونه لا يتوقع ولا يستبعد، بالنسبة إلى الضمان العقاري، الحالة التي يكون فيها المكتسب غير مالك وغير مستأجر للعقار وإنما يحمل 449 حصة من أصل 450 من الشوكة المدنية العقارية التي هي نفسها مالكة العقار⁽³⁾. كما أنه جرى الحكم بأن تعبير «بدل الإيجار الزراعي» كان غامضاً وكان يمكن أن يفسر بأن المراد قوله «تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك» طالما أن واضع المستند الخطي (وصية) كان يجهل وجود هذا القول⁽⁴⁾. إن عقداً ما هو غير دقيق أيضاً عندما لا يرتقب كيفية تنفيذه⁽⁵⁾.

والالتباس الخارجي يظهر بطرق مختلفة بحيث أن أي محاولة تركيب تبدو متدورة للفشل. ويبدو تعدد الحالات الرئيسية مفضلاً.

إن شرطاً ما، في أول الأمر، في عقد، واضح ودقيق في ذاته، يمكن أن يكون ملتبساً ما دام أنه يواجه اشتراطات أخرى بينها الفريقان⁽⁶⁾. ثمة حكم بتاريخ 15 نيسان 1926⁽⁷⁾ جاء واضحاً جداً بهذا المعنى. فبالنسبة إلى محكمة النقض: «اعتبر الحكم المطعون فيه عن وجه حق أن التعابير العثارة والمأخوذة في معناها الحرفي كانت غير قابلة

(1) انظر بهذا المعنى Marty، المقالة السالفة الذكر، صفحة 96 في نهايتها: «رقابة الشرط» هذه لا تفقد محكمة النقض إلى أن تفسر هي نفسها. أنها تقول: هذا مقبول أو هذا غير مقبول، ولكنها لا تلعب إلى أبعد من ذلك».

(2) انظر Dalloz T. Jvainer، 1976، العرص. XXXIX، صفحة 153 وما يليها.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 شباط 1989، النشرة المدنية، I، رقم 63، صفحة 41. الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، I، رقم 119، صفحة 77، غياب التعريف يخلق هذا الالتباس.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 45، صفحة 40؛ مصنف للاجتهادات الدوري، 1978، IV، صفحة 112. انظر بالنسبة إلى أمثلة أخرى، J. Boré، La cassation، المذكور سابقاً، رقم 2384، Un centenaire، رقم 64 صفحة 278، وهذا ما يسميه المؤلف «الوضوح بالنسبة إلى إرادة الفريقين».

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 44، صفحة 28، في ما يتعلق بغراب الدقة بالنسبة إلى كليات التعرف إلى الوصفات الطبية. أضيف إلى ذلك: في شأن تطبيق الببدأ، الغرفة التجارية في محكمة النقض، 24 شباط 1988، النشرة المدنية، V، رقم 131، صفحة 88.

(6) J. Boré، La cassation، رقم 2386 وما يليه، Un centenaire، رقم 65 وما يليه، صفحة 276 وما يليها. يلاحظ المؤلف أن شرطاً ملتبساً خارجياً يمكن تحويله إلى شرط واضح عن طريق تفحص مجمل العقد (المتطوق).

(7) النقض في مناسبة المريضة بتاريخ 15 نيسان 1926، Sirey 1926، 1، 151؛ Dalloz الأسبوعي، 1926، صفحة 317.

للاستعانة مع مجمل العقد ومع النية البديهة للفريقين رغماً عن وضوحها، مما ينبج عنه أنه يعود إلى محكمة الاستئناف تفسير الاتفاقية. وهكذا يمكن أن ينتج التباس اشتراط عن مقارنته باشتراط آخر يناقضه⁽¹⁾.

كما أن الالتباس يمكن أن يولد من مقارنة أعمال متميزة مادياً وإنما تلتقي على موضوع واحد⁽²⁾.

ويعتبر كذلك «ملتبساً» كل نص داخل في قانون الفريقين يقارن بحقيقة سابقة للتعاقد عاشها الفريقان، وترفض محكمة النقض الإشارة إليها بصورة دقيقة بتأكيد عدم ملائمتها هذه الظروف الخاصة⁽³⁾. إن الالتباس ينبج عن مقارنة العقد الواضح التعابير بنزاع خارجي وجد الفريقان نفسيهما فيه طوعاً أم لا لدى تنفيذ موجباتهما.

وتشهر أحكام عديدة هذا الشكل الأخير من الالتباس.

ففي 11 آذار 1923 قررت إحدى الشركات منح رئيسها المستقيل تقاعداً سنوياً قيمته 150000 فرنك قابلاً لأن يؤول نصفه إلى زوجته. وتوفيت الزوجة لاحقاً وتزوج السيد من الدخل ثانية ثم توفي. فطالبت الزوجة الثانية بالدخل بدون أن تحصل عليه، إذ قدر قضاء الأساس أن الدخل الموعود به في نية الفريقين يقتضي أن لا ينفذ منه سوى الزوجة العجبة في تاريخ الوعد. وأيدت محكمة النقض قضاء الأساس في استخدام سلطتهم في التفسير

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 تشرين الأول 1966، النشرة المدنية I، رقم 460، صفحة 350. الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 كانون الأول 1968، النشرة المدنية، III، رقم 518، صفحة 399. الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 19 آذار، 1969، النشرة المدنية، III، رقم 242، صفحة 186. الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 كانون الأول 1970، النشرة المدنية، III، رقم 692، صفحة 503. الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 أيار 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 147، صفحة 133. الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 تشرين الثاني 1968، النشرة المدنية I رقم 318، صفحة 216 (التياس ناجم عن طبيعة بعض الاشتراطات المتناقضة). الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 حزيران 1985، النشرة المدنية، رقم 175، صفحة 159: «لم تقم محكمة الاستئناف، أمام شروط متناخلة بعضها يظهر أن يعطي بدون تقييد ما يرفضه بعضها الآخر، إلا باستخدام السلطة التي تملكها في تفسير أحكام ملتبسة لا يسميها بالتالي أن تشوهها». انظر أيضاً الرقم 36 اللاحق حول التشويه عن طريق الإغفال وحول الموجب الملحق على عائق القضاة بتفسير بعض مشروط العقد عن طريق بعضها الآخر.

(2) انظر على سبيل المثال الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1965، النشرة المدنية I رقم 541، صفحة 410. الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 تشرين الأول 1969، النشرة المدنية، I رقم 320، صفحة 213 (تفسير حاسم للتشويه عن طريق المقارنة بين وصيات متتالية). قارن بالغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 شباط 1986، النشرة المدنية، I، رقم 31، صفحة 128 فهرس الملاحظات Defrénois، 1987، البند 33913، صفحة 398، رقم 10، ملاحظة J. L. Aubert. المقارنة بين العقد الترميم والإيجاب للتعاقد من شأنها خلق التباس يجعل التفسير ضرورياً، وكما بين السيد Aubert يسمي هذا الحل لأن من أرسل إليه الإيجاب كان قد قبل الإيجاب بلا قيد أو شرط ولأن العقد الخطي لم يستند بعض الاشتراطات في حين أن الأمر كان يتعلق بعقد توافقي.

(3) T. Ivainier, La lettre, المقالة الألفه المذكور، رقم 48.

وردت الطعن⁽¹⁾. وكان الاشتراط واضحاً في حد ذاته تماماً، غير أنه غدا ملتبساً عقب تعديل للمنطوق الواجب تطبيقه عليه.

كما قرر حكم صدر في 11 حزيران 1942⁽²⁾ إن شرطاً يعطي اختصاصاً إقليميًّا، واضحاً ودقيقاً، يمكن استبعاده طالما أن قضاة الأساس يَبَيِّنُون أن الشرط المذكور لم يكن في ذهن المتعاقدين داخلياً في اتفاقيهما إلا أن يطبق في الزمن العادي وليس في الحالة التي يكون ثمة خط تماس يفصل إقليم فرنسا إلى منطقتين، وهي حالة القضية المرافعة⁽³⁾. وبالطبع تسلك هذا الحكم بنظرية إعادة النظر لعدم التوقع. بيد أننا لسنا في هذا المجال، ذلك بأن الأمر لم يكن متعلقاً في الحالة المرافعة بإقامة التوازن الحالي بتعديل موجبات الفريقين تحت غطاء تفسير إرادتهما المشتركة⁽⁴⁾.

26 - العلاقات بين التفسير ونظام الإثبات⁽⁵⁾.

تأخذ محكمة النقض بمبدأين تكمليين: يجب على القاضي، عندما يكون العقد واضحاً ودقيقاً، أن يتقيد بصرامة بنظام الإثبات، وهذا ما يترجم تفوق إعلان الإرادة على الإرادة الدخالية. وبالمقابل، عندما يكون من الواجب تفسير العقد، تعترف محكمة النقض لقضاة الأساس بسلطة تجنّب قواعد الإثبات. إنها ترفع منع الإثبات إضافة إلى المستند الخطي أو ضده⁽⁶⁾: القرائن والشهادات والإفادات هي مقبولة.

وينتج هذان المبدأان عن التوفيق بين ثلاث مواد من القانون المدني: 1134 و 1156 و 1341.

وهذا التوفيق بين المبدأين في بلجيكا انتقده السيد Causin⁽⁶⁾. فالفقه والاجتهاد البلجيكيان لا يستخدمان تعبير «التشويه» ويبدو أنه يجهل حتى هذه النظرية⁽⁷⁾. بيد أنه إذا قرأنا للمؤلف ننتب أن الحلول قريبة من الحلول المتبناة في فرنسا - فقد كتب: عندما يوصل التفسير الحرفي إلى معنى محدد ومحافظ عليه يجب على القاضي أن لا يعطي العقد تفسيراً متوافقاً مع معنى العقد وحسب، بل عليه تطبيق المعنى المحافظ على معنى العقد. وعلى العكس، عندما يوصل التفسير الحرفي للعقد إلى حزمة معانٍ، كالمعنى المستعمل اعتيادياً

(1) نقض في مناسبة عريضة 31 تشرين الأول 1934، Sirey 1935، 1، 7.

(2) نقض اجتماعي، 11 حزيران 1942، D.C. 1943، صفحة 135، ملاحظة J. Flour.

(3) انظر L.G.D.J.، 1990، Le prix dans les contrats de longue durée، J. Ghestin et M. Billiau، مجموعة قانون الأعمال، رقم 74 وما يليه. انظر الرقم 264 اللاحق.

(4) انظر J. Devezze، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض، 20 أيار 1981، 1983 Dalloz، صفحة 283.

(5) انظر على سبيل المثال، النقض في مناسبة عريضة، 31 آذار 1886، Sirey 1886، 1، 260.

(6) E. Causin، La preuve et l'interprétation en droit privé، in La preuve en droit، Ch. Perelman et P. Foriers بروكسل، برونالت 1981، صفحة 187 وما يليها، ولا سيما رقم 24 وما يليه، صفحة 217 وما يليها.

(7) J. Boré، Un centenaire الآفة الذكر، رقم 18، صفحة 257.

والمسيطر، وإلى معاني غير اعتيادية، ينبغي على المفسر أن يبحث عن إرادة المتعاقدين خارج العقد عبر وقائع مثبتة بشهادة أو قرينة». «فليس في وسع القاضي بالتالي على الإطلاق إعطاء عقد خطي تفسيراً يتعدى توفيقه مع معاني عبارات العقد، حتى وإن كانت لديه وقائع خارجية عن العقد مثبتة بالشهادات والقرائن»⁽¹⁾. وقد انتقد المؤلف هذا المفهوم الذي تبنته محكمة النقض البلجيكية، وبقي مرتبطاً جداً بالتوافقية وبمبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾. وهذا المفهوم يركز على مفهوم مغلوط لمبدأ الثقة الواجبة في العقود (المادة 1319 من القانون المدني). وحسب هذا المؤلف من غير الصحيح الاعتقاد بإثبات العقد أو بمتطوق العقد. فمواد الإثبات هي فقط «إيداء الإرادة المعلنّة لتحديد محتوى العقد» وإظهار الإرادة المعلنّة لإبرام العقد» و «الوقائع التي تسوّغ تطبيق منطوق العقد»⁽³⁾، وليس وجود العقد ومحتواه ومغابله التي هي قانونية وتعود، كما يشدد الكاتب على ذلك، إلى عملية الوصف. قاعدة الثقة، المفهومة على هذا النحو، والواجبة في العقود تمنع قبول الإثبات عن طريق الشهادة أو القرينة على كذب إيداء الإرادة المعلن إلا أنها تسمح بقبول «البينة عن طريق الشهادات أو القرائن لإيداء آخر للإرادة، مما يشج إقامة إرادة المتعاقدين الحقيقية، حتى ولو كانت هذه الإرادة في تناقض مع المعاني المعرفية لتعابير العقد»⁽⁴⁾. وهذه النتيجة، في نظامنا القانوني، يتم التوصل إليها بصورة غير مباشرة عندما تأخذ محكمة النقض بأن أحد العقود ذا التعابير المترابطة هو مع ذلك ملتبس عندما يقارن بمنطوق خارجي توخاه الطرفان إرادياً أم لا لدى تنفيذ موجباتهما⁽⁵⁾.

وليس ثمة تفريق في القانون الوضعي ينبغي اللجوء إليه بين أن يكون العقد أحادي الجانب أو ثنائي الجانب.

وقد حكمت غرفة المرافض في محكمة النقض، في حكمها بتاريخ 13 كانون الأول 1906⁽⁶⁾، «بأنه إذا كان من الصحيح في القانون أن على القاضي أن يجد في الوصية وليس في مكان آخر مائة التبرعات وتعيين الأشخاص المستفيدين منها، فإن هذه القاعدة، وهي مجرد تطبيق مبدأ إن أي بند في وصية ما يقتضي أن يكون خطياً، لا تشكل عبة أمام المحاكم، في حال وجود شك في المعنى الذي ربطته الوصية بالتعابير المعتاد استخدامها

(1) رقم 32، صفحة 223.

(2) رقم 33، صفحة 224.

(3) رقم 34، صفحة 225.

(4) رقم 36، صفحة 226.

(5) انظر الرقم 25 السابق.

(6) بوميات الكتابة العدل 1906، البند 29192، صفحة 100 Dalloz الدوري 1906، 1، 189 - وبالمعنى عينه، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول شباط 1904، بوميات الكتابة العدل، 1904، البند 28306 Dalloz الدوري 1904، 1، 294 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول آذار 1897، بوميات الكتابة العدل 1897، البند 26395، صفحة 1654 Dalloz الدوري 1907، 1، 198.

لتعيين الأشخاص الذين يراد التبرع لهم، في سبيل أن تثبت، عن طريق ظروف القضية، من أن النية كانت بالفعل كذلك. وهذا يعني الاعتراف بقبولية البينة الخارجية في شأن الوصية عندما ينجم التباس عن تعابرها⁽¹⁾. وقد ذكرت محكمة النقض بالمبدأ في عام 1982 بتعيين أن في وضع قضاء الأساس الارتكاز على العادات المحلية في زمن كتابة المستند الخطي⁽²⁾.

27 - تفسير العقد يشكل نزاعاً جدياً يجعل قاضي العجلة غير مختص.

عندما لا يكون وجود الموجب قابلاً للنزاع جدياً يستطيع قاضي العجلة، تطبيقاً للمادة 809، الفقرة 2، من مدونة الإجراءات (أصول المحاكمة) المدنية، منع الدائن دفعة على الحساب والأمر بالتنفيذ. والاجتهاد مستقر في هذا الاتجاه بأن تفسيراً ضرورياً يشكل نزاعاً جدياً يجعل قاضي العجلة غير مختص⁽³⁾. وهذا الحل تم الأخذ به أيضاً سندا للمادة 848 من مدونة الإجراءات المدني الجديدة⁽⁴⁾. وبالعكس يكون قاضي العجلة مختصاً في تطبيق نصوص العقد الواضحة والدقيقة⁽⁵⁾.

ب - ممارسة سلطة التفسير مفروضة بسبب التباس العقد

28 - تفرض محكمة النقض على قضاء الأساس تفسير عقد غامض أو ملتبس⁽⁶⁾.

طرحت محكمة النقض في حكمها بتاريخ 7 كانون الثاني 1975 مبدأ موجب تفسير عقد مشوب بالالتباس⁽⁷⁾. كان فريقاً عقد تنازل عن براءات قد حلدا الثمن استناداً إلى مؤشر متحرك لقسم منه استناداً إلى ثمن صحيفة فولاذ Martin ولقسم على أساس مؤشر الأجر بالساعة للشحاطات جميعاً في فرنسا بأسرها، أي على أساس المستوى العام للأجور في فرنسا بأسرها. وكان هذا المؤشر الأخير غير مشروع بالتأكيد استناداً إلى الأمر الاشتراعي بتاريخ 30 كانون الأول 1958 (المعدل بالأمر الاشتراعي بتاريخ 4 شباط 1959)⁽⁸⁾. وهذا

(1) انظر أيضاً الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 حزيران 1956، النشرة المدنية I، رقم 274، صفحة 221.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1982، Dalloz 1982، صفحة 689، ملاحظة J. Prévaut، النشرة المدنية، I، رقم 33، صفحة 28.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 نيسان 1989، النشرة المدنية، I، رقم 157، صفحة 104 - الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 45، صفحة 31.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 شباط 1988، النشرة المدنية، III، رقم 34، صفحة 18 (تفسير شروط إيجار وتنازع تسليم رخصة بناء).

(5) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 5 أيار 1988، النشرة المدنية، V، رقم 274، صفحة 181 (اتفاقية جماعية). - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، I، رقم 394، صفحة 264 (وثيقة تأمين).

(6) J. Boré، La cassation، المذكور سابقاً، رقم 1234 وما يليه.

(7) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1975، Dalloz 1975، صفحة 516، ملاحظة Ph. Malaurie؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، II، 18167، ملاحظة J. Ghestin.

(8) J. Ghestin et M. Billaud، Le prix dans les contrats de longue durée، رقم 49.

هو السبب الذي من أجله أبطلت محكمة استئناف باريس شرط تحديد الثمن استناداً إلى مؤشر متحرك.

والحال أن الفريقين كانا قد استندا صراحة في صيغة موجزة إلى العناصر «المستخدمة في صيغ إعادة النظر في أسعار مولّدات الحرارة» التي كانت خاصيتها إنها منظمة من قبل السلطات العامة، مما يبدو أنه يضمن صحتها. كان يمكن أن يكون شرط تحديد الثمن استناداً إلى مؤشر متحرك مستنسخاً عن الصيغة الرسمية بمنجى بالفعل من أي نزاع لو لم يكن الفريقان قد ارتكبا غلطة استبدال أجر الصناعة الميكانيكية الوارد في الصيغة الرسمية للمستوى العام للأجور.

وقد قدّرت محكمة استئناف باريس، من أجل إبطال الشرط، أن التحديد استناداً إلى مؤشر متحرك على أساس المستوى العام للأجور كان واضحاً ودقيقاً وأنه لم يكن بإمكانها اللجوء إلى التفسير، تحت طائلة التشويه، فاستنتجت من ذلك أن هذا المؤشر محظّر بالأمر الاشتراعي لعام 1958، وأنه لم تكن لها السلطة في أن تستبدل به مؤشراً غير شرعي مبنياً على أجر الصناعة الميكانيكية.

إلا أن حكم محكمة استئناف باريس جرى نقضه، ليس لأنه شوه العقد بل لأنه أكد بصورة غير صحيحة أنه كان واضحاً ودقيقاً واستنتجت من ذلك أنه لم يكن مسموحاً للقضاة رفض مفهوله ولا تشويه الوجبات الناجمة عنه، في حين أن قضاة الاستئناف كان عليهم أن يبحثوا عن نية الفريقين المشتركة كما كانوا مدعّوين فيه إلى ذلك في طلبات أحد الفريقين. وبتعبير آخر لم يكن النقص مبنياً على تفسير تعسفي للعقد وإنما على أساس رفض تفسير عقد وصف بإسراف أنه واضح ودقيق.

وفي حين يمكن الاعتقاد حتى هذا الحكم أن سلطة تفسير قضاة الأساس، أمام عقد يطالب بالتفسير، كانت سيّدة أدخلت محكمة النقض رقابة إضافية: عندما يستدعي العقد تفسيراً ما لا يسع قضاة الأساس رفض ذلك، كما أنه ليس بإمكانهم تفسير عقد معناه واضح ودقيق.

وتسوية هذه الرقابة أعلته الغرفة التجارية في محكمة النقض.

فقد امتنع قضاة الاستئناف في أول الأمر عن البحث عن نية الفريقين المشتركة، وهي ما تأمر به المادة 1156 من القانون المدني. إن الحكم لا يورد بالتأكيد هذا النص صراحة، غير أن النقض مبني صراحة على رفض قضاة الاستئناف البحث عن نية الفريقين المشتركة كما يأمر به هذا النص⁽¹⁾.

كما أن الغرفة التجارية بينت أن شرط إعادة النظر المنظور إليه «في مجمله لم يكن واضحاً ولا دقيقاً» خلافاً للوصف الذي اعتمدته محكمة استئناف باريس. وهذا الغلط في

(1) انظر الرقم 34 اللاحق.

الوصف يسوّغ أيضاً رقابة محكمة النقض⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض أكدت لاحقاً رعايتها في شأن وضوح شرط منازع فيه⁽²⁾.

فالقاضي ملزم أيضاً في النهاية بتفسير اتفاقية ملتزمة. ولكن كيف عليه أن يلجأ إلى ذلك؟ إن مسألة توجيهات التفسير هي التي من المناسب التطرق إليها الآن.

المقبرة 2 - توجيهات التفسير

29 - يستطيع قضاة الأساس تفسير عقد غامض أو ملتبس حتى أن عليهم أن يقوموا بذلك. فهل يملكون لهذه الغاية توجيهات قابلة لأن ترشدتهم؟ إن القانون المدني يحوي فسماً مكروساً «لتفسير الاتفاقيات». والقواعد الواردة فيه هي عامة. وإلى جانب هذه القواعد من القانون أو محكمة النقض بعض التوجيهات الخاصة.

I - توجيهات القانون المدني العامة في التفسير⁽³⁾

30 - المصدر والمجال:

لم يكن ما قام به واضعو مدونة القانون المدني على الإطلاق في المواد 1156 وما يليها من القانون المدني مبتكراً. فقد اكتفوا بأن أخذوا عن القوانين المدنية Lois civiles لـ Domat وعن المظلول في الموجبات Traité des obligations لـ Pothier قواعد تفسير هي نفسها متوافقة مع نص لـ Digeste⁽⁴⁾.

وتشكل توجيهات التفسير هذه القانون العام (Droit commun) للتفسير⁽⁵⁾. وهي تختص بالعقود الملزمة للطرفين والأعمال القانونية الأحادية الجانب، كالوصية، حتى ولو كانت مدونة القوانين، في صدد هذا العمل، تحوي أحكاماً خاصة⁽⁶⁾.

بعد ذكر هذه التحديدات من المناسب تعداد توجيهات مدونة القانون المدني وتحليلها، ثم التطرق إلى قوتها الإلزامية.

(1) انظر الرقم 25 السابق.

(2) الفقرة التجارية في محكمة النقض، 12 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 306، صفحة 252، استخدام التعبير «أعلنت محكمة الاستئناف من وجه حق أن الشرط المنازع فيه كان واضحاً».

(3) انظر: J. Dupichot, Pour un retour aux textes: défense et illustration du «petit guide - àanc» des articles 1156 à 1164 du Code civil, Mélanges J. Flour, 1979, صفحة 179 وما يليها.

(4) A. Rieg, الأطروحة السالفة الذكر رقم 366، صفحة 1359 Demolombe، المرجع عنه، رقم 2.

(5) A. Rieg، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 874، صفحة 387 Ph. Simler، المذكور آنفاً، رقم 57 وما يليه.

(6) نص المادة 1023 من القانون المدني مثلاً على أن «الإبضاء الجاري للذات لا يفترض أنه مقاصد له، ولا الإبضاء للخادم مقاصد لأجوره».

أ - تعداد التوجيهات الذاتية وتحليلها :

31 - تنص المواد 1156 إلى 1158 و 1161 إلى 1164 من القانون المدني على توجيهات تفسير ذاتية.

ترجم المادة 1156 من القانون المدني هذه النزعة الذاتية بالشكل الأفضل : «يجب في الاتفاقيات البحث عما كانت عليه نية الفريقين المتعاقدين المشتركة، بدلاً من التوقف عند معنى التعابير الحرفي»⁽¹⁾. وذلك كما قال Demolombe «قاعدة القواعد»⁽²⁾. فقد حدد هذا الأخير مداها بالعقد الغامضة والملتبسة لتجنب الوقوع في الكيفي. وترتكز الصعوبة كلها على العمل وفق خط تقسيم بين العقد الواضح والعقد الملتبس⁽³⁾. وليس للكلمات دائماً معنى موضوعي دقيق، ويضاف إلى ذلك أن بإمكان الفريقين استخدام تعبير ما لمعنى ليس بالضرورة هو معناه الموضوعي (عندما لا يكون له سوى معنى واحد)⁽⁴⁾.

فقد قُدمت المادة 1156 على أنها أساس نظام الإرادة الداخلية الذي يواجّه بنظام (ألماني) لإعلان الإرادة⁽⁵⁾. غير أن الميـد Rieg بيّن أن المشرع الألماني أخذ بأن المبدأ الأساسي، المطبق في أي إعلان للإرادة، كان البحث عن الإرادة النفسية، وبالتالي البحث عن الإرادة الداخلية، كما في القانون الفرنسي، وأن «الرجوع إلى مبادئ حسن النية والعادات يرسم للقاضي خطأً موجّهاً استطرادياً»، بالنسبة إلى العقود⁽⁶⁾. والمشرع الألماني أخيراً اختار مبدأ عاماً للتفسير الذاتي (الفقرة 133 من القانون المدني)، ومبدأ استطرادياً للتفسير الموضوعي (الفقرة 157 من القانون المدني). والحال أن الفقه هو الذي وضع هاتين القاعدتين على قدم المساواة وأخذ بأن مبدأ إعلان الإرادة يتجاوز مجال العقود المحصور، لكي يطبق على «جميع الأعمال المماثلة للعقد». وهذه القاعدة تحولت من ثانوية إلى رئيسية. بيد أن الاجتهاد الألماني يتضمن فروقاً دقيقة أكثر من غيره كما هو الحال في الاجتهاد الفرنسي.

والمادتان 1157 و 1158 مؤسستان على الفكرة في أن المتعاقدين هم أشخاص عاقلون. وهكذا، وحسب النص الأول، ينبغي أن يفهم اشتراط قابل لعدة معاني في المعنى

(1) كان Domat يعلم أن «الاتفاقيات يجب أن تصاغ بالرضا المتبادل للذين يتعاملون معاً، وعلى كل واحد أن يشرح فيها بصدق ووضوح ما يهدف به وما يطالب به. ويجري تفسير ما يمكن أن تحويه الاتفاقية من غموض وشك عن طريق نية الفريقين المشتركة». وفي صدد الاتفاقيات على وجه العموم، القسم II، والمبادئ، التي تتبع طبيعة الاتفاقيات، وفي قواعد تفسيرها، الفقرة VIII، صفحة 22، وفي الفقرة XI، يبين أنه ينبغي، إذا كانت تعابير الاتفاقية تبدو متناقضة مع نية الفريقين، البديهة إضافة إلى ذلك، اتباع هذه النية بالأولى دون التعابير.

(2) المذكور سابقاً، رقم 3، صفحة 4.

(3) انظر الرقم 25 السابق.

(4) انظر Demolombe، المرجع فيه، رقم 5 صفحة 5 وما يليها.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 385 وما يليه.

(6) الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 378، صفحة 371.

الذي يمكن فيه أن ينتج مفعولاً *ut* (actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat). ويجري الكلام في صدد هذا النص على «تفسير يضي الصحة»⁽¹⁾. وحسب النص الثاني يجب أخذ التعابير القابلة لمعنيين في المعنى الذي يكون أكثر تناسباً مع مادة العقد. وقد سوغ Demelombe هذه القاعدة الأخيرة عن طريق التساؤل: «أليس من الطبيعي بالفعل الاعتقاد أن الفريقين يتوخيان التقيد بالقانون العام (Droit commun) عندما لا يعلنان نيتهما في الابتعاد عنه؟»⁽²⁾. إن المقصود دائماً في هذه الرؤية الرجوع إلى نية الفريقين المشتركة باعتبار أنه يفترض دائماً أن تكون في هذا المعنى وليس في ذلك، مما يضي على هذا التوجيه صبغة ذاتية⁽³⁾.

والمؤلفون ليسوا على اتفاق حول معرفة ما إذا كانت المادة 1159 التي بمقتضاها لا يفسر ما هو ملتبس، عن طريق العادة في البلد حيث أبرم العقد، مرتبطة بطريقة ذاتية أو بطريقة موضوعية. والإستناد إلى العادات، في عرف السيد Boyer، هو بالضرورة خارجي عن إرادة الفريقين⁽⁴⁾. وبالعكس، حسب السيد Dupichot المادة 1159 هي نتيجة طبيعية (لازمة) للمادة 1156. ويرتكز البرهان على القول إن هذا النص يهدف إلى تبيان إرادة معبر عنها وليس إلى معالجة غياب تام للتصريح عن الإرادة⁽⁵⁾. ويمكن التقدير أنهما تكميلتان بدلاً من اعتبار هذين المفهومين متعارضين. وهذا يبين أن التفسير الذاتي (الإعلاني) وأن التفسير الموضوعي (التكويني) لا يستبعد أحدهما الآخر أحياناً. هناك بالضرورة نوع من الأرض القفراء. وفي هذا المنظور من الصعب معرفة ما إذا كانت محكمة النقض تلجأ إلى رقابة أم لا (غير الرقابة بعدها الأدنى)⁽⁶⁾.

وقد جرى التشديد، من وجهة نظر أخرى، على الطابع التعس للإستناد الجغرافي، ذلك بأن مكان إبرام العقد ليس له مدلول بالضرورة⁽⁷⁾.

وتنص المادة 1161 من القانون المدني على: «أن جميع شروط الاتفاقيات يفسر بعضها بعضها الآخر بإعطاء كل منها المعنى الناجم عن العقد بأكمله»⁽⁸⁾. ومن المسموح به

(1) انظر Ph. Simler المذكور سابقاً، رقم 40. يورد المؤلف في هذا الصدد قرارات فرت المحاكم فيها نصوص الوصايا لكي تجعلها يتبنى من حظر الاستبدال.

(2) المرجع عنه، رقم 15، صفحة 14.

(3) انظر Dupichot، J.، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 15، صفحة 184: «عندما يكون إعلان الإرادة مقتضباً يتم تفسيره من طريق عنصر موضوعي أي مادة العقد أو روحية العقد (التي ليست بالضرورة اثبة الحقيقية التي ارتبطت بالشرط المعجل الذي يجري تفسيره)».

(4) موسوعة Dalloz، النص المذكور سابقاً، رقم 254.

(5) النص المذكور سابقاً، رقم 9، صفحة 188.

(6) انظر الرقم 42 اللاحق.

(7) Dupichot، J.، المرجع عنه والاستشهاد ذاته - Ph. Simler، المذكور سابقاً، رقم 44، الذي لاحظ أن الإستناد هو بدون نتيجة ما دام أن الأمر لا يتعلق إلا بمجرد نصيحة للقاضي.

(8) Domat المرجع عنه، الفقرة X، وهو يضيف أنه كان من الواجب الأخذ في الاعتبار أيضاً ما كان وارداً في المقدمات.

أن نرى في هذه القاعدة إظهاراً للنزعة الذاتية⁽¹⁾. إن نغصص مجمل الاشتراطات يتبع وحده البحث عن إرادة الفريقين المشتركة بصورة مفيدة. وثمة تشديد على أنه من المفترض أن الفريقين غير متناقضين⁽²⁾. وترتيب الشروط الوارد في الوثيقة لا يمكن أن يكون إلا دلالة لا أكثر ولا أقل، ذلك بأن الطريقة ليست الصفة الأولى لمنظمي العقود⁽³⁾.

وقد حكمت محكمة استئناف باريس في حكم ملفت بتاريخ 27 تشرين الثاني 1991⁽⁴⁾ بأن المادة 161: «واجبة التطبيق بشكل أساسي في الاتفاقيات المحررة باتفاق الفريقين المشترك؛ ولم يكن ذلك حالة عقد التأمين الذي وضعه المؤمن بكامله. واستنتج من ذلك أن هناك مجالاً لتطبيق المادة 162 من القانون المدني».

ويبدو أن المادة 162 هي نص - موضوعي⁽⁵⁾ - لصالح المدين المعتبر أنه في حالة دونية⁽⁶⁾: «تفسر الاتفاقية، في حالة الشك، ضد من اشترط ولصالح من تعاقد على الموجب»، وتحوي المادة 1602 من القانون المدني نصاً شافئاً لصالح الشاري. فالبايع بالفعل ملزم بأن يشرح ما يلتزم به بوضوح. وكل اتفاق غامض أو ملتبس يفسر ضده⁽⁷⁾. وبذلك فإن الطابع الموضوعي لقاعدة القانون العام (Droit commun) تكون مطلقة، في عرف بعضهم، بالملاحظة أن الدائن الذي توخى اكتساب حق ما لم يكن ليتخلف عن وضعه خطياً إذا كان المدين قد وافق فعلياً على إعطاء هذه الصيغة⁽⁸⁾. وفي عرف مؤلف آخر ليست المادة 162 سوى نتيجة وضع عبء الإثبات على العائق (المادة 1315 من القانون المدني)⁽⁹⁾.

وقد اقترح Dupichot «ترسيخ التيار الاجتهادي النازع إلى تفسير الشروط الملزمة أو

(1) انظر بهذا المعنى Ph. Simler، المذكور سابقاً، رقم 45 ولاسيما، الرقم 47 - انظر مع ذلك S. Dupichot.

المذكور آنفاً الذي ينص على هذه المادة تحت عنوان التفسير الموضوعي، رقم 17، صفحة 195.

(2) J. Flour et J. L. Aubert، الموجبات، المجلد I، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 393.

(3) انظر بهذا المعنى Demolombe، المرجع عيه، رقم 22، صفحة 24.

(4) Dalloz 1992، الصفحة 69 من التقرير.

(5) Ph. Simler، المذكور سابقاً، رقم 48 - G. Marty et Ph. Raynaud، المرجع عيه، رقم 243، وهما

يريان في هذا النص قاعدة إنصاف.

(6) انظر Ph. Simler، المذكور سابقاً، الأرقام 49 إلى 52.

(7) تجد أيضاً لدى Domat مصدر هذه الأحكام التي بني أساسها على حسن النية: الفقرة XII: «مفوض الشروط ومنهم يقينها المأزمان بقران لصالح من التزم ويجب تقليص الموجب إلى المعنى الذي يُفصّلها، وذلك بأن من يلتزم لا يبريد الأقل وكان على الآخر أن يشرح بوضوح ما يدهبه. بيد أنه إذا كانت أنواع أخرى تفرض التفسير ضد من هو ملزم، كما في حالة المادة التالية، فيتم توسيع الموجب حسب الظروف. وينبغي على المبرم، عندما يكون التمهيد مفهوماً، أن لا يؤدي توسيعه ولا تقليصه إلى ضرر أحدهم لتسيير الآخرة». الفقرة XIV: «إذا كان المبرم، أو الائتاس، أو أي عيب آخر له التبرير، له مفعول سوء النية أو عفاً من عليه شرح نيته، يكون التفسير ضده لأنه كان عليه أن يشرح بوضوح ما يتوخاه. وهكذا عندما يستخدم البائع تعبيراً ملتبساً حول صفات الشيء الباع فإن التفسير يكون ضده». إن فعلية هذه القواعد لا تحتاج إلى الإثبات. والقانون المعاصر للاستهلاك والتأمينات يستلزم مباشرة هذه التوجيهات.

(8) J. Flour et J. L. Aubert، المرجع عيه والامتهاد ذاته.

(9) Demolombe، المرجع عيه، رقم 24، صفحة 27 و صفحة 28.

غير المقررة ضد منظم العقد (عقد الإذعان) وليس ضد الدائن على المادة 1162⁽¹⁾. ولاحظ المؤلف، في عودة إلى الماضي، أن التوجيه الوارد في المادة 1162، كان مطبقاً في روما في صدد العقود الشكلية - التي كانت أحادية الجانب - وليس في شأن العقود التوافقية: «كان الأمر يتعلق بتفسير أي الناس ضد من سبق أن وضع صيغة التسلل الشعائري» وليس تفسير أي عقد كان ضد الدائن. يضاف إلى ذلك أن المؤلف يأخذ بأن المادة 1162 هي أيضاً مبنية على قواعد عبء الإثبات. واستنتج من ذلك أنه من الممكن، لأن القانون الوضعي هو في اتجاه معاكس، تطبيق المادة 1162 في تفسير عقود الإذعان، فالعقد ينبغي أن يفسر ضد من نظمه. إن الطرح ملفت إلا أن مجاله محدود لأن عقود الإذعان ليست كلها منظمة من قبل أحد المتعاقدين⁽²⁾.

ويقضي تقريب المادة 1192 من المادة 5 من توجيه المجموعة الاقتصادية الأوروبية C.E.E رقم 93 - 13 لمجلس المجموعات الأوروبية بتاريخ 5 نيسان 1993⁽³⁾، وبمقتضى هذا النص: «التفسير الأفضل للمستهلك يتغلب في حالة الشك في معنى شرط ما». وهذه القاعدة منفصلة عن شخص منظم العقد وإنما مرتبطة بعرض السيد Dupichot بلا نزاع. ومن المفيد ملاحظة أن حماية المستهلك تقتبس طريقة التقنية في التفسير، مما يجدد مسألة القوة الملزمة لهذه المعايير⁽⁴⁾. وينبغي كذلك ملاحظة أن المادة 5 من التوجيه ليست نقلاً للمادة 1162 وإنما بالأحرى نقلاً للمادة 1602 ذلك بأن المهني يكون عموماً من تعاقده على الموجب⁽⁵⁾.

والمادة 1163 من القانون المدني مجرد إحالة إلى المادة 1156⁽⁶⁾: لا تحوي الاتفاقية إلا الأشياء التي يبدو أن الفريئين تعاقدا عليها. فإرادة الفريئين المشتركة إذاً هي التي يجب الرجوع إليها. وهذه الفكرة موجودة في المواد 2048 إلى 2051 المتعلقة بالمصالحات.

وتنص المادة 1164 من القانون المدني أخيراً على توجيه أخير ذي استيحاء ذاتي: «عندما يتم التعبير في أحد العقود عن حالة لتفسير الموجب لا يفترض أن المواد كان تقليص المدى الذي يتلقاه الموجب قانوناً إلى الحالات غير المعبر عنها».

(1) المقالة المذكورة سابقة رقم 23. انظر أيضاً في هذا الاتجاه، Lopez Santa Maria, Les systèmes d'interprétation des contrats, أطروحة في باريس، 1978، رقم 49، صفحة 158، بيد أن المؤلف لا يعتبر أن الأمر يتعلق بالمعنى المادي للقاعدة.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 82 وما يليه.

(3) M. Trochu, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n° 93 - 13 - CEE du Conseil du 5 avril 1993), Dalloz 1993, 360. انظر أيضاً، L. XXX, 1993 Dalloz, consommateurs (directive n° 93 - 13 - CEE du Conseil du 5 avril 1993), صفحة 315 وما يليها.

(4) انظر الرقم 32 اللاحق وما يليه.

(5) انظر الرقم 37.

(6) انظر بهذا المعنى Demolombe، المرجع عينه، رقم 30، صفحة 35. وحلى نقيض ذلك: J. Dupichot، المقالة السابقة الذكر، رقم 12، صفحة 190 وما يليها.

وبالنسبة إلى عدد النصوص المكرسة للتفسير وإلى دقتها ثمة انطباع قوي أن واضعي مدونة القانون المدني أرادوا وضع سلطات القاضي في إطار ضيق. على أننا سوف نرى أن محكمة النقض، بإنكارها الطابع الأمر لقواعد التفسير هذه إلى حد ما، زادت من إمكانيات أبحاث المحاكم.

ب - القوة الملزمة للتوجيهات الذاتية

32 - يكرس غياب القوة الملزمة لتوجيهات التفسير الذاتية كمبدأ.

إن توجيهات التفسير، حسب محكمة النقض، مجرد نصائح تعطى للقاضي: بتعبير آخر بإمكان القاضي المرجع إليها بيد أنه غير ملزم بالتقيد بها. وقد جرى منذ عام 1807 الحكم «بأنه لا يمكن أن يكون هناك مخالفة للمواد 1157 و 1158 و 1161 من القانون المدني المتضمنة بالآخرى نصائح معطاة للقضاة في شأن تفسير العقود وهي ليست قواعد أشد صلابة وأكثر إمرة وطرورها، حتى الأشد، لا تسمح لهم بالابتعاد عنها»⁽¹⁾. ومنذ ذلك الوقت لم يتغير مذهب محكمة النقض⁽²⁾. فقد أكدت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض من جديد، في عام 1981، هذا الحل المبني بحكمها بأن المادتين 1156 و 1161 من القانون المدني تصوغان، من أجل تفسير الاتفاقيات، قواعد ليس فيها طابع أمر ولا يكفي التكرار الاحتمالي، لها وحدها، لإعطاء إمكانية النقض⁽³⁾. وفي السنة عينها حكمت الغرفة التجارية بأن المواد 1161 و 1162 و 1163 من القانون المدني لا طابع أمر⁽⁴⁾ لها.

(1) نقض في مناسبة عريضة 18 آذار 1807 Sirey، 1، 1361، Dalloz 1807، I، 241.

(2) نقض في مناسبة عريضة 24 شباط 1866 Dalloz الدوري 68، 1، 308: «ليس للمواد المذكورة سلفاً (المادة 1156 وما يليها) طابع آخر، وهي تشكل بطبيعتها نصائح أعطاهما المشرع للقضاة لتفسير الاتفاقيات، إنها ليست قواعد مطلقة يؤدي تفسيرها إلى إبطال الحكم الذي كرسها». نقض في مناسبة عريضة 13 شباط 1883 Sirey، 83، 1، 466 (المادة 1162 والمواد الواردة في قسم المقتونة). نقض في مناسبة عريضة 16 شباط 1892 Dalloz الدوري 92، 1، 248 (حل محدود بالمادة 1156 من القانون المدني). نقض في مناسبة عريضة 16 شباط 1892 Sirey، 93، 1، 408 (في صدد المادة 1156 من القانون المدني). الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 أيار 1848 غياب الطابع الأمر للمادة 1162 من القانون المدني، مجلة قصر العدل، 1948، 2، 41؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1948، صفحة 468، ملاحظة H. et Mazzaud. L. - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 شباط 1962، النشرة المدنية I، رقم 98، صفحة 84 (المادة 1162 من القانون المدني التي وضعتها محكمة النقض «بنص بديل»). - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 تشرين الأول 1981، النشرة المدنية، I، رقم 464، صفحة 368 (المادة 1156 وما يليها). - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 شباط 1962، النشرة المدنية، I، رقم 96، صفحة 84 (المادة 1162). - الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 20 شباط 1975، النشرة المدنية V، رقم 93، صفحة 85، Dalloz 1976، 142، ملاحظة J. Serra (في شأن المادة 1162 من القانون المدني، غير أن محكمة الاستئناف طبقت المادتين 1156 و 1157 من القانون المدني)، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 آذار 1979، Dalloz 1979، الصفحة 396 من التفسير.

(3) الغرفة الاجتماعية آخر حزيران 1981، النشرة المدنية V، رقم 490، صفحة 359.

(4) الغرفة التجارية، 19 كانون الثاني 1981، النشرة المدنية IV، رقم 34، صفحة 25.

وقد لوحظ أن مبادئ التفسير بكونها مجردة من الإقرار لا يمكن وضعها في فئات القواعد القانونية. ولا يتعلق الأمر أيضاً بالقواعد البديلة ذلك بأنها اختيارية وحسب ولا تفرض نفسها⁽¹⁾.

ولغياب القوة الملزمة للمواد 1156 وما يليها من القانون المدني النتيجة بأنه من المسموح به للقاضي، لتوضيح قراره، البحث في الأعمال الأجنبية عن أحد الفريقين المقحم في القضية البحث عن معلومات دون أن يواجه بمبدأ المفعول النسبي للعقود⁽²⁾.

غير أننا سوف نثبت من أن مبدأ غياب القوة الملزمة للتوجيهات العامة للقانون المدني هو في الحقيقة مطلق بدرجة أقل بكثير مما يبدو فيه للوهلة الأولى. وبالفعل غالباً ما تفرض محكمة النقض على القاضي البحث عن إرادة الفريقين المشتركة (المادة 1156 من القانون المدني)⁽³⁾، ولا سيما عن طريق التشويه بسبب الإغفال إذ تنوخ فرض احترام حرية المادة 1161 من القانون المدني⁽⁴⁾، أي إن على القاضي مع ذلك التقيد «بصانح التفسير».

33 - على أن غياب القوة الآمرة لتوجيهات التفسير يحوي تطبيقاً هاماً في حالات ثلاث.

تفرض محكمة النقض، في المقام الأول، على قضاة الأساس، الرجوع إلى إرادة الفريقين المشتركة؛ وتفرض في المقام الثاني الأخذ في الحسبان شروط العقد جميعاً، وفي المقام الثالث تفسير عقد البيع الغامض ضد البائع.

34 - تفرض محكمة النقض على قضاة الأساس الرجوع إلى نية الفريقين المشتركة.

طرحت محكمة النقض في حكمها بتاريخ 20 كانون الثاني 1970⁽⁵⁾ - سنداً للمادة 1156 من القانون المدني - مبدأ أن تفسير العقد يجب أن يتم بالرجوع إلى إرادة الفريقين المتعاقدين المشتركة. وبالتالي لا يسع قضاة الأساس، من أجل تفسير الاتفاقيات، أن يأخذوا فقط بإرادة أحد الفريقين وحسب بدون التعرض للنقض⁽⁶⁾.

وقد لوحظ بصواب أن هذا الاجتهاد يُلطف الاجتهاد الذي ينكر على المواد 1156 وما يليها أي طابع إلزامي⁽⁷⁾.

(1) Y. Pactot، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 256، الملاحظة 2.

(2) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 أيار 1972، مصنف الاجتهادات النوروي، II، 17193، الملاحظة P.L.، انظر الرقم 561 اللاحق.

(3) انظر الرقم 34 اللاحق.

(4) انظر الرقم 36 اللاحق.

(5) الترة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الثاني 1970، النشرة المدنية، I، رقم 24، صفحة 20.

(6) هذا الحكم قدمه Y. Pactot في أطروحته السالفة الذكر، رقم 258 حكم في حالة خاصة. كان الأمر يتعلق بعادته ما إذا صح القول.

(7) G. Marty et P. Raynaud، المرجع عينه، رقم 244 - La cassation، J. Boré، المذكور آنفاً، رقم 1237.

ولا يمكن للمحكمة بالأحرى أن تحل محل الفريقين، وهكذا لاستطيع، في حالة النزاع على بدل إيجار يلي تنظيم عقدين مختلفين، أن تحدد الشئ بأن تأمر في هذا الشأن بإجراء خبرة، وإنما يمكنها فقط أن تختار بين الثمنين الواردين في العقدين تبعاً لنية الفريقين، ذلك بأن الخبرة لا يمكن أن يكون لها موضوع سوى أنها تتيح للقاضي القيام بهذا الخيار⁽¹⁾. وقد نقضت محكمة النقض بتاريخ 17 أيار 1988، استناداً إلى المواد 1134 و 1156 و 1159 من القانون المدني، حكماً استند فقط إلى العادات لتفسير العقد: «من حيث أن المحكمة، بتفسيرها الشرط المتنازع فيه حسب إحدى العادات، بدون الثبوت من أن الفريقين توغيا الأخذ بها صراحة، لم تعط قرارها الأساس القانوني»⁽²⁾.

وقد روي في الذمينة عنها أن قضاة الأساس ينبغي أن لا يطبقوا المبدأ الذي يزعم أن شرطاً شاذاً عن القانون العام (Droit commun) يدعو إلى تفسير حصري لنصوصه⁽³⁾، طالما أن القاعدة هي البحث عن إرادة الفريقين المشتركة. وذلك بنطوري على فارق مع تفسير القانون⁽⁴⁾.

وهكذا تغلب محكمة النقض التفسير الذاتي غير أنها لا تراقب بالطبع نتائج الأبحاث التي يقوم بها قضاة الوقائع⁽⁵⁾.

وبنفي، من حيث المبدأ، تقدير نية الفريقين المشتركة في يوم إبرام العقد. وفي سبيل ذلك في وسع القاضي أن يأخذ في الاعتبار عناصر لاحقة لتكوين العقد. وهكذا حكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض بتاريخ 13 كانون الأول 1988 بشأن قضاة الأساس لا يتمتع عليهم، من أجل تحديد ما كانت عليه نية الفريقين المشتركة في عقد ما، بيان مسلكه

- (1) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 تشرين الثاني 1984 النشرة المدنية، IV، رقم 777، صفحة 641.
- (2) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 أيار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 167، صفحة 116. انظر حول تفسير العقد بالاستناد إلى معايير تقنية ومهنية، تكوين البلد، رقم 418.
- (3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 كانون الثاني 1974، النشرة المدنية، III، رقم 51، صفحة 38.
- (4) طبقت محكمة النقض القول المأثور الاستثناء هو في حدوده القانون في شأن التجديد على أساس مؤشر متحرك اتفاقاً إذ وأت أن أحكام الأمر الاشتراعي بتاريخ 30 كانون الأول 1958 المعدلة بالأمر الاشتراعي بتاريخ 4 شباط 1959 يجب أن تفسر حصرياً بأنها شاذة عن حرية الاتفاقيات، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 شباط 1972، Dalloz 1972 صفحة 339؛ مصنف الاتجاهات الدوري، 1972، II، 17084، ملاحظة Levy. وبالمضي فيه، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 تشرين الأول 1982، النشرة المدنية، I، رقم 278، صفحة 237. انظر... J. Ghestin et Billiau, Le prix... رقم 51.
- (5) J. Boré, La cassation، المذكور آنفاً، رقم 2405؛ Un centenaire، رقم 73، صفحة 281 ولا تناووس محكمة النقض وثابة قيمة أسباب التسوية الوائعية التي استتجها قاضي الأساس سنداً للتفسير الذي اختاره (الأحرف المائلة في النص). والتعليل معتمد في صدد درس التسوية، ولكنه مطبق حسب مقتضى الظروف، انظر على سبيل المثالي الحديث للاعتراف لقضاء الأساس بسلطة سيادة في تقدير إرادة الفريقين المشتركة، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 شباط 1988، النشرة المدنية، I، رقم 90، صفحة 58.

المتماقدين اللاحق»⁽¹⁾. وهذا الحل يندرج في تمديد الاجتهاد الذي يأخذ بأن بإمكان القاضي الرجوع إلى وقائع لاحقة لإبرام العقد ليستنتج منها خداع أحد الفريقين (أو تدليس)⁽²⁾ أو ارتكاب خطأ ما⁽³⁾. وهو يتعلق أيضاً بالاجتهاد الذي يقلل أن التباس عقد ما يمكن أن ينجم عن ظروف تنفيذه⁽⁴⁾.

ويتيح البحث عن إرادة الفريقين المشتركة أحياناً للقضاة «تعديل» الاشرطات التي لا يبدو أن معناها مشكوك فيه مع ذلك.

وقد ينص شرط تحكيم على أن كل فريق يسمى حكمه وفي حالة الخلاف بين الحكّمين يجب اختيار حكم ثالث من قبلهما أو تسميته من قبل رئيس محكمة التجارة بناءً على مجرد التماس من الحكّمين أو من أحدهما. وقد تم العمل بالشرط التحكيمي ونشأ خلاف بين الحكّمين. غير أن أحد الفريقين حل محل الحكّمين ليطلب إلى رئيس المحكمة تسمية حكم ثالث. فنزع أحد الفريقين في هذه المبادرة ذلك بأن الحكّمين وحدهما كانت لهما إمكانية إثارة هذه التسمية. وقد أيدت محكمة النقض، في 15 أيار 1979⁽⁵⁾، قضاة الأساس في رد هذه المنازعة: فقد أخذ قضاة الأساس بالفعل بأن الفريقين، بانضمامهما إلى الشرط التحكيمي، «أبديا بشكل أساسي إرادتهما في البت بالنزاع المحتمل عن الطريق التحكيمية، وفي حالة الخلاف بين الحكّمين المختارين من قبلهما تسمية حكم ثالث من قبل رئيس محكمة التجارة»، وكانت محكمة الاستئناف قد قدّرت بالتالي بأنه «عند إبرام هذا الاتفاق لم يكن يهمّ الفريقين تعيين حكم ثالث بناءً على طلب هذا الحكم أو ذلك أو طلب هذا الفريق أو ذلك، طالما أنه لا فائدة من صفة الطالب ولم يكن من شأن ذلك التأثير في القرار الذي ينبغي أن يتخذه القاضي القضلي المكلف بالقيام بالتسمية». وبالتالي فإن محكمة الاستئناف، في عرف محكمة النقض، لم تعدل اشرطات الفريقين وإنما بحثت عن إرادتهما المشتركة وحسب.

ومهما قالت محكمة النقض في ذلك فإن هناك تعديلاً بالفعل في اشرطات العقد لفتح إمكانية استبدال تتيح إثارة تسمية حكم ثالث. ومما له مدلوله بيان أن محكمة النقض لم تسوّغ قرارها بإثارة أي التباس في شرط تسمية الحكام. وبالفعل يتراءى خلف إرادة الفريقين المشتركة بحث عن منفعة العقد الاجتماعية يتوافق مع حسن النية (في تنفيذ العقد).

(1) النشرة المدنية، I، رقم 352، صفحة 239 - وبالمعنى عينه الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية، I، رقم 317، صفحة 220. انظر الغرفة المدنية الثالثة، 5 شباط 1971، Dalloz، 1971 صفحة 281، تقرير Couruey الذي استشهد بحكم الغرفة المدنية الثالثة 7 أيار 1956 و 14 آذار 1955.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 552.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 492.

(4) انظر الرقم-25 السابق.

(5) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 أيار 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 154، صفحة 123.

وبالفعل كان الحكماء في القضية الراهنة قد بينا خلافهما وقررا تقديم التماس التسمية حكم ثالث. غير أن هذا الالتباس لم يقدم على الإطلاق. وبالتالي قدم أحد الفريقين للتغلب على جمود الحكمين الالتباس بنفسه. ولكي تكون للشرط التحكيمي مفاعيله كان ينبغي إذاً الإذن باستبدال هذا الشخص الذي له صفة إثارة تسمية حكم ثالث. وكان حسن النية يفرض أن يقلل الفريق الثاني هذا الاستبدال.

وما هو موضع انتقاد أخيراً ليس النتيجة التي توصل إليها القضاة بل الطريقة المستخدمة. كان من الممكن بالفعل تماماً اللجوء إلى طريقة تفسير موضوعية خالية من أي بحث عن إرادة الفريقين المشتركة، ذلك بأن محكمة الاستئناف لم تشوّه اتفاقية الفريقين، بل على العكس جعلتها تنتج مفاعيلها⁽¹⁾. وكان بالإمكان الاستناد إلى المادة 1135 من القانون المدني بشكل مفيد.

35 - لا يتيح البحث عن إرادة الفريقين المشتركة، من حيث المبدأ، استبعاد الشروط المسماة «شروط الأسلوب».

هل يتيح البحث عن إرادة الفريقين المشتركة اعتبار الشروط التي تُنعت «بشروط الأسلوب» غير ذات فعالية⁽²⁾؟

من الضروري، قبل الإجابة على هذا السؤال، تحديد مفهوم «شرط الأسلوب». ثمة ضوضاء يخيم في هذا الشأن إلى درجة أنه بالإمكان التساؤل عما إذا كان هذا المفهوم ذاته هو مبدأ قانوني⁽³⁾. إن أفكار القدم والمنفعة والعادة المستقرة هي التي تثار أحياناً لتمييز شرط الأسلوب. فبالنسبة إلى Demogue إن واقع كون الشرط لا يتلقى أي تفسير هو الذي بالأحرى يتيح وصف «الأسلوب»⁽⁴⁾. بيد أنه يبدو أن ارتباط الشرط بالإرادة هو الذي يتيح وصفاً كهذا⁽⁵⁾. ويقول السيد Denis⁽⁶⁾ «شرط الأسلوب هو الشرط الذي لم يردده الفريقان». إن مفعول قوة العادة هو في هذا التحليل؛ فالمتعاقدان (أو أحدهما على الأقل) لم يعبرا اتباعهما بعض الصيغ التي استعملوها. ووصف «شرط الأسلوب» المنتج من البحث عن إرادة الفريقين الحقيقية، إذا ما تبينا وجهة النظر هذه، يجب أن يؤدي إلى اللانفعالية: لم يكن هناك اتفاق على الشرط. وهكذا ينتقل النقاش إذ ذاك إلى أرضية الإثبات، الإثبات السلبي

(1) انظر الرقم 50 اللاحق حول هذه المسألة.

(2) انظر Paolot، Y.، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 201 وما يليه، صفحة 272 وما يليها.

(3) انظر Denis، D.، دراسات منشورة لـ J. Flour، صفحة 137، P. Voirin، ملاحظة على حكم محكمة بورود في 10 كانون الأول 1928، Dalloz، الدوري 1929، 2، صفحة 23، حلقة النقاش الثانية التي تنكرو على شرط الأسلوب أي قيمة.

(4) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1933، صفحة 488: «شرط تقليدي لم تكن للفريقين على الإطلاق نية تطبيقه جذباً».

(5) انظر Voirin، الملاحظة المذكورة سابقاً.

(6) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 15، صفحة 123.

بالضرورة. غير أن هذا الإثبات يستحيل تقديمه عملياً أمام مستند خطي وقعه الفريقان ذلك بأن هناك مجالاً للافتراض أن الفريقين أرادا اشتراطات العقد جميعاً⁽¹⁾. ووصف «شرط الأسلوب» أخيراً، لا بضيف شيئاً إذ لا يعني سوى مجرد خلاف على محتوى العقد عند تكوينه.

إلا أنه يبدو أن محكمة النقض لم تأخذ بهذا المفهوم لشرط الأسلوب طالما أن تبني هذا الوصف من قبل قضاة الأساس لا يسمح لهم برفض تطبيقه. إن لحكم 3 أيار 1968 له مدلوله: «أي شرط في العقد سواء أكان مألوفاً أو شرط استعمال ينتج مفعوله الطبيعي»⁽²⁾.

فالحل إذا جرى تأكيده تماماً على الأقل عندما يكون الشرط المسمى «شرط أسلوب» واضحاً ودقيقاً، والحكم المستشهد به سابقاً نقض حكم محكمة الاستئناف الذي استبعد تطبيق الشرط على أساس التشويه.

وبإمكان قضاة الأساس بالمقابل، عندما يكون العقد ملتبساً، وهم يبحثون عن إرادة الفريقين المشتركة، إعمال اشتراط «شكلي محض» يؤدي إلى وصف قانوني محدد للأخذ بشروط أخرى تثير وصفاً قانونياً آخر⁽³⁾.

36 - تفرض محكمة النقض على قضاة الأساس الأخذ في الحبان شروط العقد جميعاً.

على القاضي، حسب محكمة النقض، موجب الأخذ بالاعتبار شروط العقد جميعاً. وبعدم قيامه بذلك يرتكب تشويهاً عن طريق الإغفال⁽⁴⁾. وهكذا حُكم بأنه لا يعود إلى قضاة الأساس «غض النظر عن الشروط الواضحة والدقيقة في عقدين في تمانع مع تفسيرهم، في حين أنهم لا يبرهنون على تناقض يتعدى تقليصه بين الشروط المختلفة لهذه العقود»⁽⁵⁾. فالعقد كل لا يمكن بتره.

وقد بين القسم المدني الأول في محكمة النقض في حكم بتاريخ 5 كانون الثاني 1956، من أجل رد الطعن، أن محكمة الاستئناف كانت أمام ضرورة «التوفيق بين نصوص شروط مختلفة في العقد كان يجب، لكونها واضحة ودقيقة في ذاتها، أخذها في مجملها»⁽⁶⁾.

(1) Ph. Simler المذكور سابقاً، رقم 99، إضافة إلى D. Denis، المقالة السابقة الذكر، رقم 21، صفحة 131.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1968، النشرة المدنية، III، رقم 184، صفحة 146. وبالمعنى عنه الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تموز 1971، النشرة المدنية، III، رقم 442، صفحة 316.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، I، رقم 8، صفحة 6.

(4) انظر المدني في J. Boré، La cassation سابقاً، رقم 241، Un centenaire، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 80 وما يليه، صفحة 284 وما يليها.

(5) نقض مدني في 5 كانون الثاني 1948، 1948، Dalloz، صفحة 265، الملاحظة P.L.P. وبالمعنى عينه النقض المدني في 29 حزيران 1948، 1948، Dalloz، صفحة 554.

(6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الثاني 1956، النشرة المدنية، رقم 11، صفحة 9 =

وهذا يعني التأكيد بطريقة أخرى أن المحاكم ملزمة بتفسير شروط الاتفاقية بعضها عن طريق بعضها الآخر، وهذا الاجتهاد يلتقي مع الاجتهاد الذي يمنع على القضاة تعديل اتفاقيات الفرقاء تحت ذريعة الإنصاف. وهو يعطي إضافة إلى ذلك وبالضرورة نوعاً من القوة الملزمة للمادة 1181 من القانون المدني⁽¹⁾.

37 - تفرض الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض على قضاة الأساس الأخذ في الحسبان المادة 1602 من القانون المدني.

رأينا أن المادة 1602، المتعلقة بالبيع، تفرض على البائع شرح ما يلتزم به بوضوح، وأن كل عقد غامض أو ملتبس يقسم ضده، وأن هذا النص كان شواذاً عن المادة 1162. كما رأينا أن العديد من الأحكام ينكر على هذه المادة الأخيرة أي طابع آمر. ومن المنطقي أن الأمر هو على هذا النحو في ما يتعلق بالمادة 1602 كونها تشكل استثناء للمبدأ لا يغير طبيعة القاعدة.

والحال أن الغرفة المدنية الأولى نقضت في حكم 13 تشرين الأول 1993⁽²⁾ حكماً سنداً للمادة 1602 من القانون المدني. كان الأمر يتعلق ببيع معدات معلوماتية. فقد اشترت إحدى الشركات من شركة أخرى مسماة «Start» حاسباً آلياً (أو حاسوب) من علامة «4000 Start». وكان الفريقان قد اتفقا بموجب اتفاقية لاحقة على توسيع الجهاز إلى مئة مليون ثمانية (octets). والحال أنه بدا بعد التسليم أن السعة الحقيقية للجهاز كانت أدنى من ذلك. فتم الأمر بخبرة وشرح الخبير المعين أن هناك في الحقيقة «قياسين للسعة» «السعة الكامنة والسعة الحقيقية» التي أعلن الخبير أنها تساوي 54% فقط من السعة المتفق عليها بين الفريقين، عند ذلك قاضي الشاري البائع مطالباً بالاعطال والضرر. وقد تمسكت شركة Starts بأن تعهدها لم يكن يتناول توسيعاً للسعة إلى مئة مليون ثمانية (octet) «جهازية»، غير أن محكمة الاستئناف رفضت اليت بهذه الصعوبة طالما أن المعدات تولي بالاستعمال الذي أعد له الجهاز. وقد ردت محكمة الاستئناف دعوى الشاري بالتعويض.

وتقدّم هذا الشاري بظمن أمام محكمة النقض ثم قبله. ونقضت محكمة النقض في أول الأمر حكم قضاة الأساس الذين أصدروا حكمهم على أساس ضمان العيوب الخفية وحسب في حين أنهم تلقوا طلبات تمسك بعدم مطابقة العواد للطلبية. ثم نقضت أيضاً حكم

* وبالمعنى هيئة الغرفة المدنية الأولى، 26 تشرين الثاني 1958، النشرة المدنية، 1، رقم 520، صفحة 424: «تفسير». أصبح ضرورياً بموجب التوفيق، استناداً إلى نية الفريقين، بين نصوص عدة شروط واضحة ودقيقة في ذاتها يجب التنسيق بينها وقد جعلت معنى العقد ومناه ماغورذين بمجملهما. أخف إلى ذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 أيار 1965، النشرة المدنية، 1، رقم 306، صفحة 227.

(1) انظر الرقم 31 السابق.

(2) النشرة المدنية، 1، رقم 287، صفحة 198 مصنف الاجتهادات الدوري 1994، 1، 2757، صفحة 196 وصلة 197، ملاحظة M. Billiau.

قضاء الأساس استناداً إلى المادة 1602 بالأخذ «بأن البائع ملزم بما تعهد به بشكل واضح، وأن كل عقد غامض ومثبس يفتر ضد البائع، وأن الحكم، بعد أن ذكرت بالمنازعة التي أثارها شركة start ضد رأي الخبير حول مدى تعهداتها، أورد «أن قسيمة الطلبة لا تحدد هذه النقطة بدقة»، وأن محكمة الاستئناف بتوقفها عند هذا النزاع وحسب بدون البحث عما إذا كانت شركة start قد تقيدت بتطلبات النص المشار إليه لم تعط حكمها الأساس القانوني».

إن قيمة هذا الحكم يجب أن تقدر بالنظر إلى عناصر عدة. ينبغي في المقام الأول التشديد على أن محكمة النقض لم تكن ملزمة على الإطلاق بإصدار حكمها استناداً إلى المواد 1602، والنقض المعلن استناداً إلى عدم مطابقة المواد كان يسوغ لها وحدها رقابة كاملة للحكم. إن ذلك بيان ثمين يظهر أن الأمر يتعلق بحكم له مدى فقهي عدا الواقع إن الأمر يتعلق بحكم نقض.

ثم إن ما أوردته الغرفة المدنية الأولى لا يستند في الحقيقة إلى انتهاك المادة 1602. إنه يبين خداعاً وتكرراً لموجب الإعلام الملحق على البائع. وقد كان مفهوماً على هذا النحو: «في حين أن الحكم في النهاية وفي أي حال لم يكن في وسعه تجنب واقعة أن البائع جعل نفسه مذنباً تجاه مكتسب الملكية إن لم يكن بخداعه فعلى الأقل بتخلفه عن موجب النصيحة بعدم إعلام المستعمل حول الخاصية الأساسية للسعة الكامنة لجهازه، وأن الحكم قد انتهك بالتالي المادة 1147 من القانون المدني». من الواضح إذاً أن محكمة النقض قد عدلت اللوم.

إن هذه الطريقة في المعالجة لها مدلولها بشكل خاص ذلك بأنها تبين أن ثمة روابط وثيقة بين نصوص المادة 1602 وموجب الإعلام⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أن المادة 1602 موجب تقليدي لموجب الإعلام للبائع⁽²⁾. والحال أنه من المعروف أن موجب الإعلام يفرض نفسه كمعيار ملوك ويعاقب عليه بشكل مستقل.

ولا يمكن الاعتراف بهذا الموجب وفي الوقت عينه رفض إلزام البائع بأن يشرح «ما التزم به» بشكل واضح. وهكذا يعاقب موجب البائع بالإعلام في مادة البيع سنداً لنص نوعي يجعل الرجوع إلى المادة 1147 من القانون المدني لا طائل تحته. والرباط بين المفهومين في أي حال فائمه بما فيه الكفاية، ذلك بأن محكمة النقض لم تر من المفيد اللجوء إلى إعادة المحاكمة كما تنص على ذلك المادة 1015 من مدونة الإجراء المدني الجديدة عندما تأخذ تلقائياً بعنصر تزويج.

وهكذا يمثل الحكم بالتأكيد ثورة تنزع إلى الاعتراف للمادة 1602 من القانون المدني بقوة قاعدة قانونية ما دام أنها تصلح كدعم للنقض.

(1) انظر حول هذا الموجب M. Fabre - Magnan, De l'obligation de l'information dans les contrats

أطروحة في باريس I، منشورات L.G.D.J.، 1982، مقدمة J. Ghestin.

(2) J. Ghestin et B. Desché, La vente، رقم 663.

ويمكن بالتالي التنازل عما إذا كانت المادة 1162 من القانون المدني، بمفعول صدق عودة، بنهي الاعتراف لها ببقية متكافئة. ولا يمكن، بالإضافة إلى ذلك، أن نفهم بدايةً لعاذا يكون الاستثناء (المادة 1602) أمراً في حين أن المبدأ لا يكون كذلك (المادة 1162). على أنه يجب ولا شك الأخذ في الحبان أيضاً النصوص المجموعية، (الصادرة عن المجموعات الأوروبية) التي تعزز حماية المستهلك وتسير في اتجاه تعزيز موجبات المهني الذي يتعاقد على موجب وليس باتجاه التخفيف، وهذا هو موضوع المادة 1162.

إن المادة 5 من توجيه المجموعة الاقتصادية الأوروبية C.E.E رقم 93 - 13 لمجلس المجموعات الأوروبية بتاريخ 5 نيسان 1993⁽¹⁾، تنص، كما رأينا، على أنه «في حالة الشك في معنى شرط ما يتفوق التفسير الأنسب للمستهلك».

غير أن مجال هذه المادة محدود ذلك بأن ما تنص عليه لا يطبق في ما يتعلق بالعمل بالإجراءات المبينة في المادة 7 الفقرة 2 من التوجيه التي تنص على أن أسباب الترويج المبينة في الفقرة 1 «تحتوي أحكاماً تتيح لأشخاص أو لمنظمات لها، حسب التشريع الوطني، مصلحة مشروعة في حماية المستهلكين في أن يراجعوا، بمقتضى القانون الوطني، المحاكم أو الأجهزة الإدارية المختصة في سبيل تحديد ما إذا كان للشروط العقدية المنظمة من أجل استعمال معتم، طابع غير مألوف وتطبق أسباب ترويج مناسبة ومقابلة لوقف استخدام شروط كهذه». وينجم عن ذلك بداية أن المادة 5 لا يمكن الاستناد إليها إلا من قبل مستهلك معزول في مناسبة دعوى خاصة.

والقاعدة التي تستبعد ضمناً، وإنما بالضرورة من المادة 5، في هذا التحفظ، هي مسألة لقاعدة المادة 1602 من القانون المدني. وإذا كان المهني لا يشرح ما التزم به يفسر العقد ضده. ومن المؤسف أن نص التوجيه يتطرق فقط إلى المعاقبة بدون تعيين أساسها، أي طبيعة القاعدة المنتهكة. إلا أنه بإمكان المشتري الوطني في مناسبة نقل النص ادخال تحديد كهذا عن طريق استيحاء نص المادة 1602 من القانون المدني. ويكفي بيان أن «المهني ملزم بشرح ما يلتزم به بوضوح».

ولا تعود مسألة القوة الملزمة للمادة 1162، تجاه هذه الملاحظات، مطروحة إلا في العلاقات العقدية التي لا يكون فيها لأحد الفريقين صفة المستهلك. ويمكن أن يكون في شأن هذا الاعتبار تسويق الحفاظ على الاجتهاد التقليدي.

ومبدأ غياب القوة الأمرة للمواد 1156 وما يليها من القانون المدني ينبغي أن يكون في النهاية إذا موضع تفرير دقيق بقوة. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض وضعت بالنسبة إلى بعض العقود توجيهات خاصة للتفسير تُفرض على المحاكم.

(1) Daloz 1993، صفحة 380.

II - توجهات التفسير الخاصة

38 - نفرض محكمة النقض، في بعض المواد، احترام قواعد تفسير معينة.

حكمت محكمة النقض، في قانون التأمينات، بأن «الشروط الخاصة لوثيقة التأمين تتفوق على الشروط العامة عندما تكون غير منسجمة معها»⁽¹⁾. وهذه القاعدة غير ذات موضوع إلا في حالة التماثل بين الشروط العامة والشروط الخاصة⁽²⁾. ومن المسموح به التفكير في أن هذه القاعدة جوهرها ذاتي. فإذا ما شذ الفريقتان عن نص عام عن طريق نص خاص ينبغي احترام إرادتهما بدلاً من إعمال المبدأ القانوني العام في أن النصوص الخاصة تنفذ عن النصوص العامة.

وليس من الأكيد أن مبدأ التفسير هذا له مجال تطبيق بحدود يعقد التأمين. وبالفعل تستند محكمة النقض إلى المادة 1134 من القانون المدني وليس إلى نص قانون التأمينات.

إن قانون التأمينات ينص، في مادته 113 - L. 1، على أن شروط الاستبعاد يجب أن تكون صريحة ومحددة. وهذا النص يدين في الواقع أي تفسير، لأنه ما أن يكون ثمة شك حتى ينفذ الاستبعاد غير قابل ليكون صريحاً أو محدداً. واجتهاد محكمة النقض هو في هذا الاتجاه، وتتعترف هذه المحكمة لنفسها، عند الحاجة، بالحق في أن تقدر هي نفسها ما إذا كان شرط الاستبعاد المتنازع فيه يتوافق مع المعايير القانونية للصحة⁽³⁾.

وهو كذلك مبدأ تفسير حاصر مطروح في شأن الشروط الفاسخة. فالشروط الفاسخة بحكم القانون في عرف محكمة النقض يجب التعبير عنها في صورة ليس فيها أي لبس⁽⁴⁾.

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 حزيران 1988، النشرة المدنية، I رقم رقم 166، صفحة 167 - الغرفة المدنية الأولى 12 أيار 1969، النشرة المدنية I، رقم 174، صفحة 141، أعنف إلى ذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1965، النشرة المدنية I رقم 588، صفحة 446 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 شباط 1964، النشرة المدنية I رقم 107، صفحة 79 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 حزيران، 1958 Dalloz، صفحة 585: الشرط الخامس المطبوع على الآلة الكاتبة يتفوق على الشروط العامة غير المنسجمة معه. وقد جرى توسيع هذا الحل ببيان أن الشرط المكتوب باليد يفترض أنه يعكس إرادة الفريقين المشتركة في حين أن الشرط المطبوع لا يتم إلا على إرادة منظم العمل (عقد إذعان على وجه العموم)، Lopez Santa Maria، Les systèmes d'interprétation des contrats أطروحة في باريس، 1978، رقم 50، صفحة 163.

(2) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 13 أيار 1970، النشرة المدنية، V رقم 333، صفحة 270؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، IV، صفحة 173.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I رقم 2، صفحة 1، بيان أن سبب التوسيع المعني على المادة 113 - L. 1 من قانون التأمينات هو مبدأ تسريع قانوني محض - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1989، النشرة المدنية I رقم 120، صفحة 78 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية I رقم 326، صفحة 217 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 شباط 1990، النشرة المدنية I، رقم 33، صفحة 25.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية I رقم 279، صفحة =

وفي الحالة المعاكسة يستعبد قضاء الأساس سلطتهم في تقدير خطورة الإخلال بالعقد والحكم بأن هناك مجالاً للحكم بالفسخ أم لا⁽¹⁾.

وشروط الحصرية بالنسبة إلى محكمة النقض ينبغي كذلك أن تفسر حصرياً. وقد جرى الحكم على هذا النحو في صدد شرط حصرية استثمار تجاري: «أعلنت إحدى محاكم الاستئناف عن وجه حق أن شرط الحصرية ينبغي أن يفسر بشكل حاصر وأن لا يطبق إلا في التجارة الرئيسية المأذون بها، باستثناء النشاطات الملحقة أو التكميلية أو التابعة على وجه خاص، ما عدا اتفاقاً معاكساً أو وضعاً خاصاً»⁽²⁾. ومن المسموح به أن تسويغ هذه القاعدة ذلك بأن شرط الحصرية يشذ عن مبدأ حرية التجارة والصناعة.

ويمكن كذلك تصنيف القواعد التي لا يفترض الاستبدال فيها بين التوجيهات الخاصة للتفسير الحصري (المادة 1273 من القانون المدني)، والتفويض بالاستبدال عن طريق تغيير المدين يجب أن ينجم صراحة عن العقد (المادة 1275 من القانون المدني)، - على الأقل عندما يكون التفويض معقوداً في مادة مدنية⁽³⁾، - والضمان الذي أول طلب لا يمكن أن يتبع إلا عن تعهد صريح⁽⁴⁾، والتضامن - ما عدا المادة التجارية⁽⁵⁾، - حسب المادة 1202 من القانون المدني، ولا يمكن افتراضه عن الإطلاق؛ يجب أن يكون مشتركاً بشكل صريح⁽⁶⁾، وحسب المبدأ الذي بمقتضاه لا يفترض العدول عن حق، حتى ولو كان يكفي أن يكون إيداء إرادة العدول مجردة من أي لبس، مما يستوجب أن يكون العدول عن حق من الممكن التعبير عنه ضمناً⁽⁷⁾.

-
- = 266 - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1988، النشرة المدنية، III، رقم 176، صفحة 196 Dalloz 1988، الصفحة 299 من التحرير.
- (1) انظر مثلاً الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 تموز 1982، النشرة المدنية I رقم 227، صفحة 151.
- (2) الغرفة المدنية الثالثة، 25 تشرين الأول 1972، النشرة المدنية، III، رقم 547، صفحة 400.
- (3) M. Billiau, La délégation de créance (essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations), أطروحة في باريس، 1979، L.G.D.J.، مقننة J. Ghestin، رقم 183 وما يليه، صفحة 182 وما يليها.
- (4) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، IV رقم 28، صفحة 17 Dalloz 1993، الصفحة 50 من التقرير.
- (5) انظر على سبيل المثال الغرفة التجارية في محكمة النقض 8 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 228، صفحة 162، في صدد شرط عدم تقديم المستندات.
- (6) كان الطابع الصريح للتضامن، في عرف Demolombe، مسوغ بتناقض معيار المدينين، ولأن التفسير، في حالة الشك، يجب أن يكون لصالح المدين، في Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général، الجزء III، 1870، رقم 222.
- (7) انظر 1988، مقدمة F. Terrier، رقم 156 وما يليه، صفحة 140 وما يليها.

القسم 2

التفسير الموضوعي أو المكوّن للعقد

39 - تنص المواد 1134، الفقرة 3، و 1135 و 1160 من القانون المدني على توجيهات تفسير موضوعي بشكل غير تحليلي.

لا يتضمن القانون المدني «قواعد» تفسير ذاتية وحسب، ثمة ثلاثة نصوص على الأقل تنطرق إلى طريقة تفسير موضوعية.

يجب أن تنفذ الاتفاقيات بحسن نية وفقاً للمادة 1134 الفقرة 3. والمادة 1135 تأخذ بأن «الاتفاقيات لا تجبر على ما تعبر عنه وحسب بل أيضاً على كل النتائج الناجمة عن الإنصاف أو العادة أو القانون أو الموجب وفقاً لطبيعته». والمادة 1160 أخيراً تنص على أنه «ينبغي أن يجري في العقد إكمال النقص عن طريق الشروط الشالعة الاستعمال ولو لم يعبر عنها في العقد». وهذا النص الأخير أكثر حصراً: أنه لا يرجع إلا إلى العادة. فليس المحتوى الإلزامي للعقد إذاً محدداً بالضرورة بإرادة الفريقين المشتركة وحسب.

على أن الفقه التقليدي كان يرى في هذه المواد أحكاماً ذاتية. وقد جرى التمسك بالتالي، للإبقاء على الانسجام مع الإرادة، بأن الفريقين بالتزامهما الصمت توخياً ضمناً الرجوع إلى القواعد البديلة ومنها العادات⁽¹⁾. وكان Barde و Baudry-Lacantinerie يدركان على النحو التالي: «ينبغي، لكي تكون المادة 1135 قابلة للتطبيق، أن لا تكون إرادة الفريقين تعارض معها، وتعبير آخر تفترض هذه المادة أن يكون المتعاقدان قد استندا ضمناً إلى المبادئ التي يقبلها القانون أو العادة أو الإنصاف»⁽²⁾. وقد سبق التطرق إلى قضية هذا التحليل⁽³⁾. وإذا لم يقل الفريقان شيئاً وإذا كانت مصالحهما، إضافة إلى ذلك، متنافرة فلا

(1) انظر على وجه الخصوص H.L.J. Mazeaud, Leçons de droit civil, الجزء II، المجلد 1، المرجعيات: النظرية العامة، الطبعة الثامنة، تأليف Fr. Chabas، منشورات Monichrestien، 1981، رقم 348 ورقم 349.

(2) Traité théorique et pratique de Droit civil français, Des obligations، الجزء 1، الطبعة الثالثة، 1906، رقم 343، صفحة 391.

(3) انظر على سبيل المثال J. Lopez Santa Maria، الأطروحة الأنفة الذكر، صفحة 67: «اعترف بأنني لا =

يمكن الاستنتاج من ذلك أنهما استندا ضمناً إلى معيار بديل، فأى إسناد إلى الإرادة يجب استبعاده.

يقضي إذاً أن مستخلص من ذلك أن القانون المدني ترك مكاناً لبعض التوجيهات الموضوعية البحث. وهو يورد أربعة منها: حسن النية والإنصاف والعادة والقانون (البديل بالضرورة).

فهل هناك توجيهات تفسير موضوعي أخرى؟ إن الجواب الإيجابي يبدو مقروضاً. وفي الواقع فشرت محكمة النقض عقداً بالرجوع إلى المبدأ القانوني العام: يعتبر الجنين كأنه مولود عندما تكون له مصلحة في ذلك (*Infans conceptus*)⁽¹⁾، مما ينزع إلى البيان أن المبادئ العامة للقانون⁽²⁾ هي توجيهات موضوعية في التفسير في بعض الحالات، أو على الأقل وعلى سبيل الحذر يمكن أن تكون كذلك.

يضاف إلى ما تقدم أن المادة 1147 من القانون المدني هي نص الإسناد الذي تستخدمه محكمة النقض للتمييز بين موجبات النتيجة وموجبات أسباب التسوية⁽³⁾.

40 - القوة الملزمة لتوجيهات التفسير الموضوعية.

يبدو أن «قواعد» المادتين 1135 و 1160، حسب محكمة النقض، كما قواعد الاستيحاء الذاتي، من حيث المبدأ⁽⁴⁾، ليست سوى مجرد نصائح.

والحل أكد بالنسبة إلى المادة 1160 في نظر الأحكام المستندة إلى المادة 1156 وما يليها⁽⁵⁾. وفي ما يتعلق بالمادة 1135 لا يبرز أي مبدأ يوضح مطلق عن الاجتهاد، مع أنه بالإمكان قول ذلك⁽⁶⁾. وقد أخذت الغرفة المدنية في محكمة النقض في حكمها بتاريخ 2 كانون الأول 1947⁽⁷⁾، «بأن القاضي، إذا كان الإنصاف أو العادة يبنيا أحدهما في الاعتبار في تفسير العقود وفي النتائج التي يتضمنانها، ليس بإمكانه التمسك بهما لتجنب أحد

« أتوصل إلى فهم كيف يمكن، إذا كانت لإرادة الفريقين لا يمكن كشفها، تفسير استخدام عادات عن طريق الإرادة حتى الضمنية». انظر أيضاً الصفحة 100 وما يليها، إضافة الرقم 8 السابق.

(1) انظر الرقم 42 الملاحق.

(2) انظر في شأن المبادئ العامة: المدخل العام، رقم 446 وما يليه.

(3) انظر على سبيل المثال الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 آذار 1988، النشرة المدنية، I، رقم 118، صفحة 177 Dalloz 1989، صفحة 381، ملاحظة Melaurie A.

(4) انظر الرقم 32 السابق.

(5) انظر على سبيل المثال الغرض في مناسبة عريضة 24 شباط 1868 المذكور سابقاً.

(6) أكد Boré مبدأ غياب القوة الملزمة في *Un centenaire*، العقالة المذكورة سابقاً، رقم 115، صفحة 303، وكذلك *La cessation* المذكورة سابقاً، رقم 1222، بالاستشهاد بالنقض المدني في 23 تشرين الأول 1918، الحالة الثالثة، Dalloz الدوري 1919، 1، 9 (يبد أن الإسناد يبدو غير صحيح). وبالنقض المدني في 2 كانون الأول 1947، مجلة قصر العدل، 1948، 1، 36، إضافة إلى G. Marty et P. Raynaud، الموجبات، الجزء 1، المصادر، الطبعة الثانية، رقم 244.

(7) المذكور سابقاً.

المتعاقدين القيام بتنفيذاته الواضحة والدقيقة التي اضطلع بها بحرية، ولا يبدو الإنصاف والعادة إذاً كمجرد نصائح. وينبغي أن تكون العادة والإنصاف، ما أن يكون ثمة التباس وبالتالي ضرورة للتفسير، وفقاً لهذا الحكم، قد أخذنا في الاعتبار بالطريقة عينها التي يجب فيها البحث عن إرادة الفريقين المشتركة في مجال التفسير الإعلاني. غير أن الأمر لا يتعلق إلا بتفسير عن طريق الاستدلال بالفسد. وبالمقابل يبدو أن حكماً آخر أحدث بين أن العادة 1135 لا تلزم القاضي: إن محكمة الاستئناف التي تحدد معنى شرط غامض ومداه تبعاً لنية الفريقين المشتركة ليست ملزمة بالإجابة على الطلبات التي تثير عادات مهنية⁽¹⁾.

ويمكن الأخذ، رغباً عن الشكوك التي قد تكون قائمة حول تفسير هذه الأحكام، بالمبدأ «الأدنى» الذي بإمكان القاضي بمقتضاه الرجوع إلى النتائج التي يعطيها الإنصاف أو القانون أو العادة للموجب وفقاً لطبيعت، والأمر لا يتعلق بواجب بالنسبة إلى القاضي: يمكنه ذلك ولكن عليه أن لا يفعل؛ فعما لا طائل تحته إذاً أن يأخذ المتقاضون على قضاة الأساس عدم الاستناد إلى توجيهات موضوعية في التفسير. وعندما يكتفي القاضي بالبقاء في حدود الذاتية لا يكون في وسع محكمة التمييز القيام بأي رقابة طالما أن قضاة الأساس ظلوا في مجال الواقع.

والتشويه هو السلاح الوحيد الذي يمكن أن يستخدمه المتقاضي غير الراضي أمام محكمة النقض، ما عدا التحفظ لجهة الفرضية التي تقوم فيها محكمة النقض بالتصدي لقاعدة قانونية موضوعية تفرضها بحيث أن الإسناد إلى إرادة الفريقين المشتركة يغدو غير قابل للعمل به.

إن الطبيعة ذاتها للمناقشة في النقض تدعو إلى استخدام هذا النهج الذي يقود على وجه العموم إلى تعزيز محتوى العقد⁽²⁾. إن الوسيلة الوحيدة المتاحة للمدعي، طالما أنه من غير الممكن نقل النزاع إلى أرضية الواقع - إرادة الفريقين المشتركة - ترتكز على الانتقال إلى أرضية أخرى، أرضية القانون الموضوعي، وبالتالي إثارة «النتائج» التي يعطيها الإنصاف أو العادة أو القانون للموجب وفقاً لطبيعت، والتي تشكل توجيهات موضوعية في تفسير الاتفاقيات.

وهذا المظهر للمنازعات القضائية يستدعي أن لا تخلو محكمة النقض، في مجال التفسير الموضوعي لقضاة الأساس، عن التحديد الموضوعي لمحتوى العقد. إن ذلك فارق أساسي مع التفسير الذاتي، فارق في الطبيعة يتزع أيضاً إلى بيان أن توجيهات التفسير الذاتية ليست سوى مجرد نصائح وليست لها أي قوة ملزمة. وتفحص حلول القانون الوضعي يعزز هذه الملاحظات.

وسنرى أن محكمة النقض تعترف لنفسها بالسلطة في أن تضع مباشرة قيد العمل قواعد

(1) نقض تجاري في 20 شباط 1980، النشرة المدنية، 17، رقم 91، صفحة 70.

(2) انظر الرقم 44 السابق وما يليه.

تفسير موضوعية من أجل رقابة المحتوى الإلزامي للعقد. ويبقى بعد ذلك اقتراح محاولة التركيب.

الفقرة 1 - رقابة للتفسير الموضوعي المباشرة من قبل محكمة النقض

41 - تبين محكمة النقض بدقة أحياناً تعريف الموجبات التي التزم بها المتعاقدان وحسب، ذلك مظهر لرقابة محتوى العقد المتكرر له في الغالب. وفي الواقع كان هناك على وجه الخصوص إصرار على تمييز المحتوى الإلزامي للعقد من قبل القاضي. غير أن ذلك ليس سوى المظهر الموثي أكثر من غيره للتفسير الموضوعي. ويبين فرز مجموعات الاجتهاد، إضافة إلى ذلك، أن محكمة النقض عليها أحياناً محاربة موقف المحاكم التي تنزع إلى فرض بعض الموجبات على المتعاقدين.

I - وضوح محتوى العقد

42 - تحدد محكمة النقض عن طريق التفسير الموضوعي امتداد الموجبات الخاصة الملزم بها في بعض العقود بدقة⁽¹⁾.

نحن هنا أمام مفصلة بين التفسير الإعلاني والتفسير التكويني لأن محكمة النقض لا تفرض في الحقيقة موجباتاً على الفريقين - سبق وجوده في العقد - وإنما تحدد بدقة نطاقه بدون التدخل عن تحديد سلطة قضاء الأساس السيدة؛ ليس ثمة أي وجوب إلى إرادة الفريقين المشتركة بحيث أننا مع ذلك أمام تفسير موضوعي لمحتوى العقد⁽²⁾.

وهذه الطريقة مستخدمة على وجه الخصوص في تفسير عقود التأمين، والعديد من الأمثلة تسند هذا الطرح.

وقد قسرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 10 كانون الأول 1985⁽³⁾، اشتراط عقد تأمين على الحياة يتعلق بتحديد المستفيدين استناداً إلى القول المأثور يعتبر الجنين كأنه مولود عندما تكون له مصلحة في ذلك *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*.

(1) لا يتعلق الأمر، في مرفأ السيد Rieg إلا بمظهر رقابة التشريع: «كل شرط واضح ودين يجب تفسيره حسب المعنى الموضوعي الذي يتضمنه في الفقيه، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 398، صفحة 393، ومن المسموح به التفكير في أن ذلك يتعدى رقابة التشريع، ذلك بأنه لدى محكمة النقض نفسها تفسير ذاتي بالتأكيد، حول معنى الشرط، وهي لا تكفي بنقض الأحكام بالرجوع إلى صيغة أسلوب عادية من النوع: «شروط محكمة الاستئناف هي حكمها على هذا النحو...»، بدون تحديد آخر. يضاف إلى ذلك أن هذه الرقابة قوية جداً من رقابة الوصف على المصوم.

(2) قارن بالجدول حول الطبيعة الذاتية أو الموضوعية للقاعدة المادة 1159، الرقم 31 السابق.

(3) النشرة المدنية 1 رقم 339، صفحة 305، Dalloz 1987، صفحة 449، ملاحقة G. Pairs؛ فهرس Defrénois، 1986، صفحة 668.

كان مستخدماً قد انضم في آب 1979 إلى وثيقة تأمين جماعة اكتب بها مستخدمه لجهاز موظفيه لدى الشركة الأوروبية للتأمين على الحياة. وكانت هذه الوثيقة تضمن، في حالة الوفاة، دفع رأس مال قيمته 200% من الأجر الأساسي يضاف إليه 30% عن كل ولد على العائق يعيش في بيت المؤمن. وكان للمؤمن ثلاثة أولاد من زواجه الأول وقد عيّن، كمستفيد من التأمين، زوجته الثانية وأولادها من بعدها. ثم توفي المؤمن في أول آذار 1980، ووضعت زوجته توأمين في 24 أيار 1980، ودفع المؤمن مبلغ رأس المال بسبب الوفاة إلى الزوجة الثانية وإنما رفض زيادة رأس المال هذا تبعاً للأولاد المولودين بعد وفاة المؤمن وبالتالي بعد تحقق المخاطر.

وقد رفضت محكمة استئناف باريس تلبية طلب دفع الزيادة الذي تقدمت به الأرملة، واحتجت بنصوص وثيقة التأمين معتبرة أن الجنين «لم يكونا عائشين في بيت المؤمن». وقد جرى نقض هذا القرار في 10 كانون الأول 1985.

من المهم إيراد سبب تسوية الحكم بكامله: «إذا كانت شروط تطبيق عقد التأمين عند الوفاة يجب تقديرها في أونة تحقق المخاطر فإن تحديد الأولاد على العائق الذي يعيشون في المنزل ينبغي أن يتم وفقاً للمبادئ العامة للقانون، وعلى وجه الخصوص المبدأ الذي بمقتضاه يعتبر الجنين كأنه مولود عندما تكون له مصلحة في ذلك، مع الملاحظة أن زيادة رأس المال عند الوفاة، عندما يكون هناك أولاد على العائق، معدّ لتسهيل الإنفاق على الأولاد، وأن محكمة الاستئناف بالحكم على النحو الذي اعتمدته في استبعاد الجنين في حساب رأس المال عند الوفاة وقد ولدا قابلين للحياة، انتهكت القاعدة المبنية أعلاه، أي القول العائش يعتبر الجنين...»

فتحديد المستفيدين من التأمين على الحياة المعيّنين في الاشتراط يجب إذاً أن يتم بالإسناد إلى المبادئ العامة الموضوعية بالضرورة. وتجدر الملاحظة أن محكمة النقض تعين - وهذا شيء استثنائي إلى حد ما - أساس هذا الحل بدقة. وتطبيق المبدأ القانوني العام يعتبر الجنين مولوداً... واجب لأن زيادة رأس المال بسبب الوفاة معدّ لتسهيل الانفاق على الأولاد.

ويعلّل التفسير المباشر للشرط المعني أيضاً ربما بأن الأمر يتعلق بعقد تأمين جماعة. وقد رأينا أن محكمة النقض، بالنسبة إلى هذه العقود، تعترف لنفسها بسلطة مباشرة في التفسير⁽¹⁾.

وقد استخدمت محكمة النقض أيضاً هذا النهج في التفسير في مجال تأمين الأضرار، وحددت المعنى الذي من المناسب إعطاؤه لشرط التسلل السري للسارق، أي بدون علم المؤمن، في التأمين ضد الرقعة.

وقد حضر أحد الأفراد مدّعياً أنه يصلح الهاتف إلى منزل السيدة G. لإصلاح جهازها

(1) انظر الرقم 17 السابق.

المعطل بالفعل، وأبعد هذا الشخص السيدة G لفترة قصيرة واستغل ذلك لسرقه حليتها، وتكررت شركة التأمين لضمانها بحجة أنه لا يغطي مخاطر السرقه إلا في حالة الدخول الخفي أو الصيانة السرية في الأماكن التي تحوي أشياء مؤمنة. وهذه البرهنة لم تحل قضاء الأسامر على الانتفاع. تقدمت شركة التأمين نقضاً وأخذت على محكمة الاستئناف بصورة خاصة أنها شوهدت العقد إذ اعتبرت أن انتحال صفة كاذبة مماثل بالدخول الخفي.

وقد ردت محكمة النقض في 20 آذار 1989⁽¹⁾ الطعن وإنما بدون أن تحتسب بتفسير سيد لقضاء الواقع. وقدّرت في تحليل مبني أن كل مناورة جديدة بالتصديق ومن شأنها خداع المؤمن في هوية من فتح له الباب احتمالاً ونياته الحقيقية يبنين مماثلتها بالدخول الخفي المفهوم على أنه كل دخول يجري بدون علم المؤمن ومن أجل غاية غير مشروعة.

ويلاحظ أن ذلك تفسير موزعي للشرط. فقد أبدت محكمة النقض هكذا إرادتها في إجراء رقابتها المباشرة لشرط خاص ليس بالضرورة واضحاً وديقاً. ليس ثمة أي إستاناد بالطبع إلى إرادة الفريقين المشتركة، بحيث أن مبدأ عدم تدخل قاضي النقض في مجال الواقع محرم تماماً⁽²⁾.

ويمكن أيضاً الاستشهاد بحكم 22 نيسان 1950⁽³⁾ الذي فرضت فيه محكمة النقض، آخذة على قضاء الأساس تشويههم العقد، تفسيرها في حين أن وضوح الشرط لم يكن بديهياً على الإطلاق. وكان السيد Laronche قد اكتسب بوثيقة تأمين ميارته واتخذ لنفسه صفة (موظف). وكان المؤمن يضمن المخاطر الملازمة لاستعمال السيارة «للترف والأعمال». وكانت المركبة مصابة بحدوث عندما استخدمت لغايات تجارية. وقد تمسك المؤمن بالسقوط بسبب التصريح بالكاذب عن المخاطر، فرد قضاء الأساس هذا الادعاء بحجة أن وثيقة التأمين كانت تحمل «ذكر الترف والأعمال». وقد جرى نقض حكمها على أساس التشويه.

غير أن محكمة النقض اهتمت بتحديد معنى الشرط الذي أعلنت أنه واضح وديق. ففي عرفها لا يمكن فهم كلمة «عمل» المستخدمة في وثيقة التأمين خارج النشاطات الداخلة طبيعياً

(1) النشرة المدنية 1، رقم 124، صفحة 80. وإضافة إلى ذلك: حول تعريف «الدخول الخفي» للمارقي: الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، 1، رقم 337، صفحة 228 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 تموز 1988، النشرة المدنية، 1، رقم 243، صفحة 169: «دور كل من الفاعلين والشركاء هو بدون تأثير في مفهوم الدخول الخفي الذي يفترض فقط، كما بينت محكمة الاستئناف، دخولاً يتم لهدف غير مشروع بدون علم المؤمن وبدون إرادته». انظر أيضاً حول مفهوم «الدخول الخفي» الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 حزيران 1990، النشرة المدنية، 1 رقم 164، صفحة 109.

(2) تم استخدام هذه الطريقة أيضاً في 2 أيار 1990 من قبل الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض (النشرة المدنية 1، رقم 89، صفحة 67). فقد حكمت سناً للمادتين 1134 و 1135 من القانون المدني بأن فعل الحصول بالتهديد بقوة السلاح على فتح خزنة يساوي الكسر. ومفهوم الكسر وارد في المادة 51 من الشروط العامة لعقد التأمين، غير أنه لم يحدد بدقة. انظر كذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 آذار 1991، النشرة المدنية، 1 رقم 106، صفحة 70، في ما يخص تعريف مفهوم «الحدوث»، بمعنى المادة 2 F، من الشروط العامة لوثيقة تأمين المسؤولية.

(3) Dalloz 1950، صفحة 613، الملاحقة A.B.

في إطار المهمة المصرح بها؛ وقد أعلنت أن السيد Laronche اتخذ صفة موظف مستفيداً بهذه الصفة من تعرفه علاوات مخفضة. وقد أكدت محكمة الاستئناف عن طريق تشويه أكيد لشروط وثيقة التأمين الواضحة والدقيقة أنه لم يرتكب أي إغفال في تصريحه عن المخاطر. إن الطرح الأول الذي صاغته محكمة النقض يبين أنها توخت رقابة تفسير امتداد الضمان الذي قلّعه المؤمن. وهذه الطريقة عينها هي التي استُخدمت، كما سبق أن رأينا، لتحديد مفهوم «دخول السارق الخفي»، وإنما بدون إسناد هذه المرة إلى نظرية التشويه مما يبدو أكثر مطابقة مع طبيعة الرقابة التي لجأت إليها محكمة النقض فعلياً.

إن محكمة النقض في حكمها بتاريخ 4 أيار 1942⁽¹⁾، وتحت ستار نظرية التورية دائماً، حددت بدقة معنى «شرط إدارة القضية من قبل المؤمن»⁽²⁾.

وبالفعل لم تعد محكمة النقض تتطرق إلى نظرية التشويه لتسويغ الحلول التي تتبناها إلا منذ وقت قريب.

وقد حكمت محكمة النقض، على هامش التفسير بحصر المعنى إلى حد ما، بأن استبعاد الضمان، استناداً إلى المادتين 1135 من القانون المدني 113 - 1 L. من قانون التأمينات، غير قائم عندما يستند إلى أن المؤمن قد علم، عند إبرام العقد، إن شروط الاستبعاد سبق أن اجتمعت⁽³⁾. وإثارة المادة 1135 من القانون المدني تبين إقصاء لإرادة الفريقين المشتركة كمعيار تفسير.

والأحكام التي تحدد امتداد الوجبات التي اُكتسب بها المتعاقدون، خارج مجال التأمين، هي أندر. على أنه يمكن إيراد حكم أصدرته الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بتاريخ 10 آذار 1988⁽⁴⁾ حدد استناداً إلى المادتين 1134 من القانون المدني و 781 - 1 L. من قانون العمل مفهوم «عجز الجردة» الذي يمكن أن يلزم به المدير غير الأجير. ففي عرف المحكمة: «يمثل عجز الجردة الفارق المتحقق منه بين قيمة المخزون الأساسي تضاف إليه قيمة السلع المملّكة وقيمة السلع الموجودة في المستودع عند القيام بالجردة يضاف إليها قيمة المتوجّات المباعة».

43 - تفسير العقود المستند إلى معايير مكتملة:

من البديهي أنه يمكن الاعتبار أن قيام المتعاقدين بالإحالة إلى معيار مكتمل ما - القانون بالمعنى المادي - يسمح بالضرورة لمحكمة النقض بتفسير العقد طالما أن الأمر لا يتعلق إلا بتفسير قاعدة قانونية.

(1) Dalloz الأسبوعي 1942، صفحة 131، ملاحظة A. Besson.

(2) يندرج هذا الحكم بالأحرى، في عرف السيد Bart، «في مدار رقابة وصف إساءة استعمال الحق في المغاضاة» ومنع قاضي الأساس من تشويه شرط عام بأن يدخل فيه تزييفاً كيفياً لا يحويه، La cassation، المذكور آنفاً، رقم 1283.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 أيار 1980، النشرة المطبوعة، I رقم 184، صفحة 122.

(4) النشرة المدنية V، رقم 174، صفحة 115.

وفي الواقع ليس هناك شيء من ذلك. فمحكمة النقض تفرّق وفقاً لطبيعة المعايير التي رجع إليها الفريقان لتحديد محتوى موجباتهما المتبادلة. وتفسير المعايير المكتملة لم يتحقق. فمحكمة النقض لا تراقب التحقق ولا تفسير العادة لأنهما يعددان لسلطة قضاء الأساس السبلة⁽¹⁾. وهي تبني موقفاً مماثلاً في ما يختص بالعرف⁽²⁾ والقانون الأجنبي⁽³⁾.

وبالمقابل تحدد محكمة النقض معنى الموجبات المضطلع بها بموجب نص تشريعي مكمل بصورة مباشرة.

وقد أبدت محكمة النقض منذ القرن التاسع عشر إرادتها في تفسير الاشتراطات العقيدية التي تحيل إلى قواعد مكتملة. وهكذا حددت الغرفة المدنية في محكمة النقض، في حكمها بتاريخ 2 أيار 1899⁽⁴⁾، في شأن تكوين الباتنة من قبل الأب والأم، معنى شرط الحسم من إرث الباقي على قيد الحياة. وقدّرت، على عكس ما أخذ به قضاء الأساس، أن الموهوب له كان يملك، استناداً إلى هذا الشرط، ضد أحد الزوجين الباقي على قيد الحياة دعوى مباشرة لكي يتلقى هذه الهبة بكاملها. وقد حُرم من ذلك عقب البرّة الذي كان ملزماً القيام به إلى شركائه في الإرث الأول والذي يعمل الحصة التي تقع نهائياً على الباقي على قيد الحياة في الهبة. وبالتالي نقضت حكم الاستئناف بالحجة التالية: «إن الحكم، بتفريده عكس ذلك ويرفضه أن يعطي السيدة Juber (الموهوب لها) أي دعوى ضد أمه الباتية على قيد الحياة بدون بيان أي طرف خاص من شأنه أن يحمل على الافتراض أن الفرقاء المقضيين في القضية أرادوا أن ينسبوا إلى الشرط المنازع فيه معنى غير المعنى العائد له شرعاً، قد انتهك العادة 1440 من القانون المدني. وبين هذا التعليل الأخير تماماً أن محكمة النقض لا تتخلّى عن تفسير الاشتراطات التي ترجع إلى القانون لسلطة قضاء الأساس السيدة حتى ولو لم يكن هذا القانون سوى مكمل. وثمة أمثلة أحدث تؤكد هذا التحليل.

(1) انظر J. Boré, La cassation, المذكور سابقاً، رقم 1186 وما يليه، صفحة 405 وما يليه، ولا سيما رقم 1195، صفحة 407.

(2) J. Boré, La cassation، المذكور سابقاً، رقم 1307.

(3) انظر على سبيل المثال حول مبدأ سلطة القضاء السبقة، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 كانون الثاني 1993، المنشرة المدنية، 1 رقم 14، صفحة 10، التي حكمت مع ذلك بأن المعيار الأجنبي يشكل قاعدة قانونية حتى ولو لم تراقب. ويهتج عن ذلك أنه غير خاضع للعادة 7 من مدونة الإجراء المدني الجديدة - الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 4 كانون الثاني 1990، المنشرة المدنية، 7 رقم 5، صفحة 4 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 تموز 1990، الشرة المدنية، 1 رقم 195، صفحة 138 مع التحفظ لعدم تشابه القانون الأجنبي، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 آذار 1991، المنشرة المدنية، 1، رقم 93، صفحة 151 المجلة النافذة للقانون الدولي الخاص، 1992، صفحة 88، ملاحظة H.M.W. انظر: Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international privé، مرسوعة Dalloz، الطبعة الثالثة، رقم 243 وما يليه.

(4) النقض المدني، 2 أيار 1899، 1900 Sirey، 1، 81، ملاحظة Émile، مجلة القانون المدني، 1900، البند 26972، صفحة 21.

إن البائع، بمقتضى المادة 1603 من القانون المدني، عليه موجب تسليم الشيء للشاري. وموجب التسليم هذا حددته محكمة النقض ولا سيما في حكم 20 آذار 1980⁽¹⁾ الذي حكمت بموجبه بأن موجب التسليم لا يركز على تسليم ما تم الاتفاق عليه وحسب وإنما وضع الشيء المتوافق في جميع النقاط مع الهدف الذي توخاه مكتسب الملكية بتصرف هذا المكتسب.

كما أن محكمة النقض راقبت تفسير شرط في وثيقة تأمين يحبل صراحة إلى المادة 2270 من القانون المدني⁽²⁾، وكذلك تفسير شرط في عقد يحدد مكافأة هياثا الإسكان ببدل إيجار معتدل في ما خص بعض تدخلاتها وفقاً لقرار صادر في 13 تشرين الثاني 1974⁽³⁾.

II - تعزيز محتوى للعقد⁽⁴⁾

44 - موجبات الأمن⁽⁵⁾.

أصبح من المسلم به في الاجتهاد أن بعض العقود تحوي موجب أمن، بغض النظر عن اشتراطات الفريقين في هذا الشأن. وقد جرى الكلام على «ضم إلى الأعمال عن طريق التفسير»⁽⁶⁾. وعلر هذا الاجتهاد في صدد عقد نقل عن طريق السكك الحديدية⁽⁷⁾.

فقد ذكرت محكمة النقض، في شأن طبيعة موجب الأمن في مادة النقل عن طريق السكك الحديدية، بأن «موجب الأمن المرتكز على نقل المسافرين سليماً ومعافى إلى مقصده والناجم عن المادة 1147 لا يكون على عاتق الناقل الا خلال تنفيذ عقد النقل، أي ابتداء من الآونة التي يبدأ فيها المسافرين بالصعود إلى العربة حتى آونة مغادرة العربة»⁽⁸⁾. ومحكمة النقض، من وجهة النظر هذه، مستقرة في اجتهادها الذي صدر في عام 1969⁽⁹⁾. غير أنها من وجهة نظر ثانية أعادت النظر في موقفها ذلك بأنها أصبحت تحدد مجال المسؤولية العقدية في تنفيذ العقد فقط: ما أن يغادر المسافرين العربة حتى تغدو مسألة الناقل تقصيرية. وهكذا

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1980، النشرة المدنية، 1 رقم 140، صفحة 93.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 تموز 1988، النشرة المدنية، 1 رقم 221، صفحة 155.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 أيار 1988، النشرة المدنية، 1 رقم 162، صفحة 112.

(4) La responsabilité: conditions، تأليف G. Viney، رقم 497 وما يليه - هذا ما يسميه M. Paolot: «التفسير المكمل» (الطروحة المذكورة سابقاً رقم 301 وما يليه، صفحة 280 وما يليها) - A. Sériaux، المرجع فيه، رقم 44.

(5) انظر G. Viney المذكور آنفاً، رقم 499 وما يليه - A. Rieg، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 406 ولا سيما وصفة 404 وصفة 405 - J. Boré، La cassation، 31 أيار 1988، المذكور سابقاً، رقم 1240.

(6) A. Rieg، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 406، صفحة 403.

(7) التقض المدني في 21 تشرين الثاني 1911 و 27 كانون الثاني و 21 نيسان 1913، Dalloz الدوري 1913، I، 249، ملاحظة Sarrut.

(8) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 آذار 1989، النشرة المدنية، I، رقم 116، صفحة 77، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 548، ملاحظة P. Jourdain.

(9) انظر G. Viney، المذكور سابقاً، رقم 654.

حددت محكمة النقض موضوعياً مجال مرجب الأمن المضاف إلى العقد.

إن موجب الأمن غداً في عدة عقود على عاتق الفريقين⁽¹⁾. فمستثمر ميدان أراجيس ملزم بموجب أمن النتيجة تجاه زبائنه خلال اللعب⁽²⁾. كما أن موجب الأمن يقع على عاتق البائع ويرتكز على «عدم تسليم لألا المترجات المخالية من أي عيب، أو أي شائبة صنع، من شأنه أن يشكل خطراً على الأشخاص أو الأموال»⁽³⁾. وقد حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض منذ وقت قريب بأن «اتفاقية مساعدة تلقى على عاتق المساعد بالضرورة موجب التعويض عن نتائج الأضرار الجسدية المسببة لمن استدعاه»⁽⁴⁾. كما أن مستثمر لعبة bob-luge ملزم بموجب النتيجة في ما يتعلق بسلامة زبائنه⁽⁵⁾. وصاحب العراب هو أيضاً «ملزم تجاه زبائنه الذين يودعون مركبة لإصلاحها بموجب الأمن الذي يمكن أن يعفى منه بإثبات أنه لم يرتكب أي خطأ»⁽⁶⁾.

45 - الموجبات العقدية بالإعلام والنصيحة⁽⁷⁾.

نعلم أن هذه الموجبات كانت لها انطلاقة كبيرة⁽⁸⁾. ومع الاكتفاء بالأحكام الحديثة

- (1) انظر G. Veney، المذكور سابقاً، رقم 500.
- (2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض 18 شباط 1986، النشرة المدنية I رقم 32، صفحة 28 - حل مماثل في ما يتعلق باستثمار الزلقة خلال النزول، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، 1، رقم 289، صفحة 190: *Contrat - concurrence - consommation*، 1992، رقم 51 ملاحظة L. Leveneur، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 397، ملاحظة P. Jourdain.
- (3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 حزيران، 1991، النشرة المدنية I، رقم 201، صفحة 132؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، 1، 3572، صفحة 156 وصيغة 159، ملاحظة G. Viney و D. Dalloz، 1993، الصفحة 241 من الموجز، ملاحظة O. Tournafond. يبين الحكم أن دعوى المسؤولية العقدية ضد البائع بسبب التنكر لموجباته في الأمن لا تخضع للمهلة القصيرة الواردة في المادة 1848 من القانون المدني 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية I رقم 44، صفحة 129 المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 592 وما يليها، ملاحظة P. Jourdain - انظر حول حدود موجب أمن البائع الرقم 49 اللاحق.
- (4) 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية I رقم 42، صفحة 28.
- (5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 آذار 1993، النشرة المدنية، I رقم 119، صفحة 179، 1993 D. Dalloz، صفحة 103، من التقرير.
- (6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 حزيران 1993، النشرة المدنية I رقم 209، صفحة 145، (السند: المادة 1147 من القانون المدني).
- (7) الأمثلة العديدة الواردة في القائمة التحليلية الخماسية، 1980 - 1984، محكمة النقض V المسؤولية العقدية، صفحة 1854 وما يليها، رقم 31 وما يليه - التقاضي التجاري في 2 أيار 1990، النشرة المدنية IV، رقم 133، صفحة 89 (موجب الإعلام يقع على عاتق الصانع تجاه مكتسب الملكية حتى المهني) - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1991، RJDA، 1992، رقم 147، صفحة 110 (موجب الركنيل العام للتأمين في إعلام زبائنه).
- (8) انظر G. Viney المذكور سابقاً، رقم 502 وما يليه. إضافة إلى M. Fabre - Magnan، De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie، 1992، L.G.D.J.، باريس، مقدمة J. Ghestin.

النموذجية - الأحكام التي صدرت استناداً إلى المادة 1135 من القانون المدني والمادة 1147 منه (في حالة النقص) - نورد: موجب الوكيل العقاري بإعلام موكله ونصحه حول قيمة المال الموضوع للبيع عندما يظهر أن الثمن المطلوب بخس القيمة بشكل جلي⁽¹⁾؛ وموجب المهندس المعماري في إعلام صاحب العمل بالإكراهات الإدارية الملازمة للاشتغال المنوي القيام بها⁽²⁾؛ والموجب الملحق على عاتق البائع المهني في المعدات في أن ينصح الجاهل في هذا الحقل ويؤويده بالمعلومات، ولا سيما لفت انتباهه إلى السيئات الملازمة لنوعية المعدات التي يختارها زبونه، وكذلك إلى الحيلة في الأخذ في الحسبان الاستعمال المعدّة له بنون أن يكون بإمكان البائع التذرع بإعلام غير كافٍ للصانع⁽³⁾؛ وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 28 شباط 1989 استناداً إلى المادة 1135 من القانون المدني، التي «بأن عقد صيانة إنشاءات خاضعة لتنظيم يجبر (المستعمل المقاول) على إعلام الزبون حول التعديلات التي طالت هذا التنظيم بحيث يتمكن من التقيد بها»⁽⁴⁾؛ وحكمت محكمة النقض، في 7 حزيران 1989⁽⁵⁾، استناداً إلى المادتين 1135 من القانون المدني و R 514 - 49 d، من قانون الصحة العامة، بأن «صانع منتج ما عليه أن يقدم جميع المعلومات التي لا غنى عنها في استعمال ولا سيما التحذيرات»، وليست صفة المهني ذات بال أو صفة الجاهل في هذا الحقل أو المستعمل⁽⁶⁾. والمصرفي، في مجال آخر تماماً، عليه

- (1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1985 (نقص)، النشرة المدنية، I، رقم 277، صفحة 248.
- (2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1992 النشرة المدنية، III، رقم 318، صفحة 196.
- (3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 شباط 1985 (نقص وإنما ليس على أساس سبب التسويع الذي له سمة موجب البائع المهني)، النشرة المدنية، I، رقم 82، صفحة 75. انظر كذلك النقص التجاري في 11 تموز 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 250، صفحة 172، الأخذ بأن البائع المهني ملزم، بهذه الصفة، بإعلام شاري معدات جديدة بشروط استعمالها. - الغرفة المدنية الأولى، 4 نيسان 1991، النشرة المدنية، I، رقم 131، صفحة 87.
- (4) (رد)، النشرة المدنية I رقم 102، صفحة 65 - وفي الاجتماع عينه، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 آذار 1988 (ورد وإنما استناداً إلى المادة 1135) النشرة المدنية I رقم 80، صفحة 52؛ Dalloz 1988 الصفحة 93 من التقرير - قارن بالغرفة المدنية الأولى، 27 تشرين الأول 1981 (استناد إلى المادة 1135 من القانون المدني)، النشرة المدنية، I، رقم 315، صفحة 265. ليس في وسع محكمة استئناف أن ترفض دعوى فسخ البيع التي تقدم بها مجهّز نظام إنذار بدون البحث عما إذا كان المجهّز المهني الموهل ملزماً بمدة تركيب المجهّز إلا بعد التأكد من الحصول على إذن إداري إلزامي جرى رفض إعطائه إيّاه. انظر أيضاً موجب مجهّز الإنذار في الاستعلام حول المعايير المفروضة من قبل الموثّقين وإعلام الشاري حول نتائج الشراء، النقض التجاري في 25 أيار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 211، صفحة 151 (استناد إلى المادة 1147، من القانون المدني).
- (5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 حزيران 1989، النشرة المدنية I رقم 232، صفحة 155.
- (6) قارن بمسؤولية الكاتب العدل وتأثير صفة الزبون، انظر ملاحظة J. Mestre في السجله الفعلية للقانون المدني، 1989، صفحة 625 - انظر كذلك: حول واجب الكاتب العدل في نصّح القراء جميعاً، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 أيار 1993، النشرة المدنية I رقم 167، صفحة 115.

واجب إعلام زبونه بمخاطر عمليات المضاربة في الصفقات لأجل، أيًا كانت العلاقات العقدية بين الفرقاء⁽¹⁾.

وهناك على هامش موجبات النصيحة سَنَ بعض موجبات الحيطة. وهكذا ينتج عن المادة 1147 أن «كل مقاومة عمل مؤقت تقدم للغير أجراء ملزمة بموجب الحيطة والحذر في تعيين الموظفين الذين تقدمهم»⁽²⁾. كما أن المفاوض في صدد التفريغ عن مؤسسة تجارية عليه، من حيث المبدأ، التأكد من ملاءمة مكتسبي الملكية⁽³⁾.

وقد حُكِمَ أيضاً بأن الوكيل العقاري الذي عُهدت إليه إدارة عقار ملزم بصفته وكيلًا أجيراً بالتأكد عن طريق تحقيقات جديدة من ملاءمة المستأجر الحقيقية⁽⁴⁾.

على أن موجبات الإعلام والنصيحة ليست بدون حدود حقيقية. وهكذا مثلاً أبدت الغرفة التجارية في محكمة النقض قضاة الأساس في رفضهم وضع موجب إعلام حول الحلول المنافسة على عاتق بائع برمجة موحدة طالما أنه شرح وظائفه متوجه وعرض التكاليف المقترحة⁽⁵⁾.

وواجب نصيحة المهندس المعماري لا يفرض عليه معرفة الألقاب الخاصة لزبونه؛ ويقع على عاتق صاحب العمل تقديمه له⁽⁶⁾.

يضاف إلى ذلك أن أي موجب نصيحة لا يقع على عاتق متعاقد بالنسبة إلى «الوقائع المعروفة من الجميع»⁽⁷⁾.

46 - موجبات المراقبة.

هذه الموجبات ليست مسبوطة أيضاً في المادتين 1135 و 1147 من القانون المدني. وهكذا أُلْهِتَ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في قضية لها صلة مسؤولية فندق في شأن سرقة تتعلق بثياب الزبائن، محكمة استئناف باريس بوضعها على عاتق الفندق موجب المراقبة بحجة «أن وضع وحدة تبديل في المدخل المجاور للبهو المؤجر والمعد كحجرة ثياب

(1) النقض التجاري في 18 أيار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 168، صفحة 134 - النقض التجاري في 5 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية IV، رقم 327، صفحة 227. إضافة إلى محكمة باريس، 28 شباط 1994، Dalloz 1994، صفحة 366، ملاحظة Ducouloux - Favard.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 أيار 1989، النشرة المدنية I، رقم 178، صفحة 119 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 شباط 1991، النشرة المدنية، I رقم 77، صفحة 50؛ Dolloz 1991، صفحة 605، ملاحظة Ch. Lapoyade Deschamps، الذي يعتبر تكديس الموجبات التي اكتشفها القضاة في المقعد «مقللاً». إن التبرير المتصور ولا شك للصدم، يمكن أن يبدو مبالغاً فيه.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I رقم 9، صفحة 7.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 آذار 1984، النشرة المدنية، I رقم 118، صفحة 97.

(5) النقض التجاري في 12 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية IV، رقم 352، صفحة 251.

(6) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، III، رقم 145، صفحة 95.

(7) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 284، صفحة 167 - قارن بغياب موجب المعرفي في الإعلام عندما ينظر الزبون بالمخاطر التي يتعرض لها في عمليات المضاربة، وانظر الأحكام الواردة في الرقم السابق.

تحت التصرف أدى إلى موجب مراقبة تابعة لعقد الإيجار». وبُيِّنَت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف بحكمها على هذا النحو «استعملت السلطة التي أولتها إياها المادة 1135 من القانون المدني التي تنص على أن الاتفاقيات لا تجبر على ما هو مقرر فيها وحسب بل أيضاً على جميع النتائج التي يربتها الإنصاف أو العادة أو القانون على الموجب حسب طبيعته»⁽¹⁾. ويؤدي عقد إيجار الخزانة بالنسبة إلى المصرف إلى موجب رقابة النتيجة⁽²⁾. وهذا الموجب مشدد على وجه خاص طالما أنه يفرض على المصرف واجب التحقق مما إذا كان من يتقدم إليه مؤهل للوصول إليها، حتى ولو كان مزوداً بفتح للخزنة⁽³⁾. كما أن منظّم مخيم العطل (للأولاد) مدين بموجب الرقابة التي تفرض «مراقبة نشاط الأولاد لكي يتجنبوا التعرض للمخاطر التي يمكن أن لا يقدروا خطورتها»⁽⁴⁾. وتلتزم عيادة تبرم عقداً مع زبونها للسكن والعناية بموجب حيلة ورقابة تمتد إلى الحلي التي يحتفظ بها المريض⁽⁵⁾.

47 - الموجبات الأخرى المختلفة.

إلى جانب هذه الموجبات التي سبق معرفتها تماماً يحصل أن يفرض الاجتهاد في بعض العقود نوعاً من الموجبات الخاصة منها موجب عدم المنافسة. وقد فرض في حكم حديث على الوكيل المرتبط بالموكل بوكالة مصلحة مشتركة موجب عدم منافسته. وهكذا حكمت الغرفة التجارية في حكمها بتاريخ 16 آذار 1993⁽⁶⁾ استناداً إلى المواد 1134، الفقرة 3، و 1135 و 2003 من القانون المدني بأنه إذا كان الوكيل، في وكالة مصلحة مشتركة، له الحق، في حال عدم وجود شرط مضاد، في قبول تمثيل موكل جديد فإن ذلك شرط أن لا تكون منتوجات هذا الأخير تنافس منتوجات الموكل الأول باستثناء موافقة هذا الأخير⁽⁷⁾. إن الإسناد هنا له مدلوله على وجه خاص. فهو يدل على حسن النية، والنتائج التي يربتها الإنصاف أو العادة أو القانون على الموجب وفقاً لطبيعته تشكل بلا نزاع الموجبات العقدية. وقد فرضت الغرفة المدنية في جانب آخر على الوكيل المهني أن يتحقق من الصفة الصحيحة للموكل الذي التزم معه في عقد قانوني⁽⁸⁾.

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1987 (د ك)، النشرة المدنية، I، رقم 262، صفحة 180.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 آذار 1989، النشرة المدنية، I، رقم 142، صفحة 94. النقض التجاري في 15 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 23، صفحة 18.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 318، صفحة 216.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 شباط 1993، النشرة المدنية، I، رقم 66، صفحة 43، التي تبين أن الأمر يتعلق بموجب الإنفاق.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 أيار 1992، النشرة المدنية، I، رقم 146، صفحة 99.

(6) النشرة المدنية، IV، رقم 109، صفحة 75.

(7) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، I، رقم 250، صفحة 165.

والفائمة ليست بالطبع تحديدية وقراءة مجلات الاجتهاد تبين بوضوح أمثلة أخرى⁽¹⁾:

48 - على أن إثراء محتوى العقد يمكن أن يبدو عملياً بدون مدى لأجل إذا أخذنا بأن الفريقين كانا حزينين في وضع شروط اللامسؤولية. ومن المعروف بالتأكيد أن تنظيم الشروط غير المألوفة يتيح اليوم حل هذه الصعوبات في العلاقات بين المهنيين والمستهلكين؛ إلا أن المسألة تبقى بكاملها في الحالات الأخرى. وينبغي، كما بينت الآنسة Viney⁽²⁾، البحث إذاً عما إذا كان الموجب العقدي أساسياً أو جوهرياً أم لا. فإذا كان الجواب إيجابياً فإن الشرط التحديدي أو المزاوغ في المسؤولية يجب الإعلان أنه باطل⁽³⁾. ومن المسموح به تقدير أن التعزيز التسلطي لمحتوى العقد يضي على الموجبات المبنية على هذا الشكل طابعاً جوهرياً بحيث أن الفريقين لا يستطيعان تجنبها.

III - رفض تعزيز محتوى العقد

49 - ترفض محكمة النقض أن تفرض على المتعاقدين بعض المرجبات التي قد يفرضها «الإنصاف أو العادة أو القانون».

وقد يغري المحاكم أحياناً أن تضع على عاتق بعض فئات المتعاقدين موجبات لم يتوخاها وأن تربطها بالمادة 1135 من القانون المدني مستخدمة هنا أيضاً السلطة التي تعترف لها بها محكمة النقض⁽⁴⁾.

غير أن محكمة النقض لا تقبل دائماً أن يكون الأمر على هذا النحو؛ فقد أدانت أحكاماً حديثة مبادرات قضاة الواقع استناداً إلى المادة 1135 من القانون المدني، أي أن التفسير الموضوعي أو التكويني للعقد له بالضرورة حدود.

كانت السيدة H قد اشترت في عام 1973 جهاز تلفزة صنعتها شركة - Thomson Brandt. وفي عام 1981 احترق الجهاز وانفجر محدثاً أضراراً في شقة السيدة H وفي أمكنة أخرى من البناء. وقد قاضى مؤنن السيدة H الذي حل محلها في حقوقها شركة - Thomson

(1) انظر بالنسبة إلى موجب التغطى الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 نيسان 1993، النشرة المدنية I، رقم 152، صفحة 103. وانظر حول وجود موجب عام على عاتق الوكيل العام للتأمينات، الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 نيسان 1993، النشرة المدنية، I، رقم 144، صفحة 96. وانظر في صدد موجب وكالة دعامة في المصنوع على إذن وأضع نموذج لتأسيس استثمار بدون مخاطرة، النقض التجاري في 30 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، IV رقم 445، صفحة 323.

(2) La responsabilité: conditions، رقم 489 ر: La responsabilité: effets، رقم 190.

(3) انظر حكم الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض الملفت، 23 شباط 1994، النشرة المدنية I رقم 26، صفحة 59. انظر بالإضافة إلى ذلك obligations d'étendue des obligations contractuelles des parties، J. Mestre، 1992، صفحة 94 وما يليها.

(4) الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1987، المذكورة آنفاً.

Brandt لاسترداد المبالغ التي دفعها للمؤونة ولقابة المالكين المشتركين. وقد استجاب قضاء الأساس لطلبه.

ومن أجل ذلك استبعدت محكمة استئناف باريس أولاً وجود عيب في الصنع وإنما أخذت بأن الصانع البائع «لم يتقيد بموجبه بأن لا يضع في السوق سوى أجهزة تحمل دينايتها الخاصة خطراً».

وهذا التعليل هو الذي نقضته محكمة النقض 20 آذار 1989⁽¹⁾: «إن محكمة الاستئناف بالحكم على هذا النحو، في حين أن البائع المهني ملزم فقط بتسليم منتجات خالية من العيوب أو شائبة في الصنع من شأنها أن تؤدي إلى خطر على الأشخاص والأموال قد انتهكت النص المبين أعلاه».

غير أن الحل لم يفرض نفسه بداية. وبالفعل وبموجب المادة الأولى من قانون 21 تموز 1983 المتعلق بأمن المستهلكين، «ينبغي أن تؤمن المنتجات السلامة المنتظرة منها شريعاً وأن لا تؤدي إلى أضرار بصحة الأشخاص»⁽²⁾، وكان يمكن أن تقبل محكمة النقض الموقف الذي اتخذته محكمة استئناف باريس. إنها ولا ريب اعتبارات ذات طابع اقتصادي وتقني قادت محكمة النقض إلى عدم زيادة عدد الموجبات الحلقاة على عاتق البائع المهني⁽³⁾.

كما رفض حكم آخر للغرفة التجارية لمحكمة النقض بتاريخ 9 كانون الثاني 1990⁽⁴⁾ أن يفرض على المصرفي وبيع قيم منقولة موجب إعلام بتعلق بحياة الشركة مصدرة هذه السندات.

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1989، النشرة المدنية I رقم 137، صفحة 190 Dalloz 1989، صفحة 381، ملاحظة Ph. Malaurie.

(2) Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux، حلقة مناقشة بين 6 و 7 تشرين الثاني 1986، L.G.D.J.، Ghestin بإدارة 1987.

(3) يبدو في النتيجة أن السبأ المطروح في المادة الأولى من قانون 21 تموز 1983، في حالة القانون الوضعي الآن، هو إعلان نية أكثر منه قاعدة قانونية، طالما أن التفكير له فقط لا يبدو أنه معاقب عليه على أرضية المسؤولية المدنية (انظر L. Bihl، La loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs in Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux، حلقة مناقشة بين 6 و 7 تشرين الثاني 1986، L.G.D.J.، 1987، صفحة 49 وما يليها). ينبغي أن يشكل غياب الأمن، إضافة إلى ذلك، عيباً خفياً أو عيباً في الصنع لكي يكون الصانع مسؤولاً. ويقضي الأخذ في الحسبان مشروع التوجيه الأوروبي المتعلق بالأمن العام للمنتجات. إن الأخذ به ونقله إلى القانون الداخلي يقتضي أن يفرد منطقياً إلى الاعتراف لصالح المستهلكين بحق مستقل في الأمن. ويجب، بالمقابل، التشديد على أن المسؤولية الجزائية يتحملها صانع منتج مؤد تطبيقاً للمواد 319 و 320 و 40 - R. 4 من قانون العقوبات التي تقمع قتل الإنسان وجرحه لإيوائها. انظر النقض الجنائي في 27 أيار 1972، مجلة قصر العدل، 2، 719: بالنسبة إلى الغرفة الجنائية في محكمة النقض يعود إلى الصانع الذي يعرف الطابع السعيب لمنتجوه أن يتنبه زبائنه، أما مباشرة، وأما بالطرق العصرية، إلى الخطر الذي يسببه وأن يتوقف عن بيعه.

(4) النشرة المدنية IV، رقم 2، صفحة 2، Dalloz 1990، صفحة 173، ملاحظة J.P. Brill.

وهكذا نقضت حكم محكمة استئناف باريس بحجة أنه «إذا كان المصرف، وهو مجرد وديع للسندات، يسطوع، بمقتضى العادات، بالموجبات التابعة للمقد والملازمة لحياة هذه السندات وللحقوق المرتبطة بها وردّها فإن هذه العادات أو الإنصاف أو القانون لا تلزمه بإعلام المودع بحدوث بصيب حياة الشركة مصدرة السندات».

ونفسر هذا الحكم بمصلحة المصارف كما يمكن أن يفسر - على الأقل جزئياً - بالطابع السري بالضرورة لبعض الإعلانات⁽¹⁾.

ويرجم حكم ثالث حديث هذه الظاهرة في رفض تعزيز المقد. فالإيجار، في مثل هذه الحالة، لا يفرض على المؤجر تأمين المكان المأجور ضد الحريق على أن محكمة استئناف بوردو وضعت على المستأجر موجب تأمين نفسه بحجة أن رأس مال الشركة المستأجرة لا يترك أي إمكانية للمؤجر للحصول على تعويض عن الأضرار التي يسببها الحريق.

وكان هذا التعليل موضع نقض استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني، ذلك بأن محكمة الاستئناف «أضافت إلى الموجبات الواردة في عقد الإيجار موجباتاً على عاتق المستأجر»⁽²⁾.

وقد يدعو هذا الحل إلى الدهشة بقدر ما هو التأمين منتشر إلى حد كبير وأحياناً يفرضه القانون نفسه. على أنه يسوّغ إذ لا يعود إلى القاضي أن يُحلّ نفسه محل الفريقين في تحديد موجباتهما، في غياب العادة في هذا الشأن التي لم يجز التذرع بها في الحالة الراهنة⁽³⁾.

وهذه الأحكام تبين أن محكمة النقض لا توافق على أن يفرض قضاء الأساس في بعض العقود موجبات لم يكن الفريقان قد اشترطها بالذريعة الوحيدة أن الإنصاف يأمر بذلك⁽⁴⁾ ويتعير آخر لا يمكن أن يسوّغ الإنصاف دائماً «غضب» العقد.

ولفهم هذا الموقف وتسويفه ينبغي، في محاولة تركيب، مقارنة الحلول الدقيقة للقانون الوضعي بالمبادئ المرجّحة التي تنسوس المقد وتفسيره.

الفقرة 2 - محاولة تركيب

50 - ينبغي أن لا يعتبر التفسير الموضوعي احتياطياً.

انقاد المؤلفون الذين لا يزالون يعتبرون مبدأ سلطان الإرادة الأساس الجوهري للمقد، طبيعياً، إلى تعليم ما مفاده أن التفسير المسوّغ باعتبارات موضوعية غير مقبول إلا بصورة

(1) وفي هذا الاتجاه، J.P. Brill، الملاحظة المذكورة سابقاً، صفحة 175، حلقة الحوار الأولى.

(2) النقض المدني في 20 كانون الأول 1989، النشرة المدنية III، رقم 243، صفحة 132.

(3) انظر أيضاً في شأن أنواع أخرى من التسويغ، الرقم 51 اللاحق.

(4) تاون بحكم الغرفة التجارية في 23 آذار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 112، صفحة 77، ليس المعين المتفرغ في التفرغ المنصوص عليه في قانون 2 كانون الثاني 1981 ملوماً بأي موجب إعلام لصالح المستهلك حول وجود الديون المتفرغ عنها وتقييمها.

احتياطية، أي عندما يكون من المستحيل على الإطلاق التقييد بنية الفريقين⁽¹⁾.

من الصحيح أن بعض الأحكام يعزز هذا التحليل. وقد سبق أن استشهدنا، على سبيل المثال، بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض التي نقضت حكم قضاء أدنى بأنه رجع حصراً إلى العادات لتفسير أحد العقود⁽²⁾. وهذا الحكم ينزع إلى أن يبين أن التفسير الموضوعي ليس إلا احتياطياً.

ومن المسموح به في الحقيقة التفكير في أنه ليست هناك أي علاقة بما هو احتياطي ذلك بأن موضوع التفسير الذاتي ليس موضوع التفسير الموضوعي ذاته.

ف عندما تنقض محكمة النقض حكماً رجع إلى الطريقة الموضوعية بدلاً من أن يستوحي الطريقة الذاتية - والعكس مفهوم أيضاً - فذلك لأن القاضي الواقع طبق على موضوع التفسير الطريقة غير الملائمة. وبتعبير آخر استخدم، للبحث عن كشف محتوى العقد، توجيهاً موضوعياً في حين أن التوجيه الذاتي وحده يمكن أن يقوده إلى النتيجة المأمولة، أو على العكس لجأ، لتحديد محتوى العقد، إلى توجيه ذاتي في حين أن التوجيه الموضوعي كان يفرض نفسه.

وهذا الطرح المزدوج يتحقق أيضاً من وجهة نظر أخرى على أرضية تعزيز محتوى العقد ودقته.

إن القاضي، بتفسير العقد موضوعياً، يقوم بعمل معياري⁽³⁾. فالموجب «المكتشف»، على سبيل استخدام روسم (كليشي) تقليدي، أصبح مرتبطاً «بالنموذج» العقدي المعني، أبداً كانت إرادة الفريقين، في حين أن القاضي بتفسيره العقد ذاتياً يتخصص هذا العقد بشكل مفرد.

وهذا ما يفسر إقدام محكمة النقض على نقض أحكام قضاة الأساس عندما يأخذون في الاعتبار في تفسير العقود الإنصاف والعادة لاستبعاد أحد الفريقين عن قيامه بتعهداته الواضحة والدقيقة التي اضطلع بها بحرية⁽⁴⁾، في حين أنها على العكس تقبل الرجوع إلى هذه المعايير حتى ولو كان العقد واضحاً، عندما يتعلق الأمر بتفسير تكويني. يضاف إلى ذلك أن Ripert لاحظ أن «القضاة يضيفون ولكنهم لا يعتقدون أن لهم الحق بحذف شيء من اشتراطات الفريقين»⁽⁵⁾.

أما في ما يختص بدقة محتوى العقد فثمة ملاحظات مماثلة يمكن إيرادها. فليس المقصود أبداً بتر العقد وإنما جملة متجا مفاعيل مفيدة. ومن المسموح به التفكير في أن ذلك هو معنى تدخل محكمة النقض في مجال تفسير عقد التأمين.

(1) انظر على سبيل المثال Ph. Simier المذكور سابقاً، رقم 24.

(2) النقض المدني في 17 أيار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 187، صفحة 116.

(3) حول مبتكر الاجتهاد انظر المدخل العام، رقم 422 وما يليه.

(4) انظر على سبيل المثال، النقض المدني في 2 كانون الأول 1947، مجلة نصر العدل، 1948، 1، 36.

(5) نقاش حول عرض السيد O. Marty في مناسبة أعمال رابطة H. Capitant المذكور سابقاً، صفحة 100.

51 - يتم التفسير الموضوعي بالإسناد إلى معياري العدالة والمنفعة الاجتماعية⁽¹⁾.

لا يعتبر العقد ملزماً إلا أن يكون قد تم قبوله بحرية وتحت شرط مزدوج أن يكون مفيداً وعادلاً. وعادةً يتم قبوله بحرية، ينبغي أن يفهم منها «ما إرادة الفريقين حقيقة»، بحيث أن المحاكم، بإفساح مكان واسع لطريقة التفسير الذاتية، تحمي خلف المتعاقدين بدون أن تحل محلهم، أو على الأقل بدون أن تمنحهم انطباعاً كهذا. وليس بإمكانها تغليب مفاهيمها الشخصية - المتغيرة إلى ما لا نهاية له - للمفيد والعاقل؛ ومن هنا منع المحاكم تعديل اشتراطات الفريقين بحجة الإنصاف. وتزعم طريقة التفسير الذاتي بالتالي إلى الحفاظ على قوة العقد الملزمة، واحترام قرار القاضي وكذلك السلم الاجتماعي⁽²⁾.

بيد أن إرادة الفريقين المشتركة، كما جرى التشديد على ذلك، ليست أحياناً سوى فكرة جوفاء. غير أنه من غير المشكوك فيه أن الفريقين أرادا إبرام عقد محدد، عقد تأمين، عقد إيجار، عقد بيع الخ... وفي حال غياب ذلك يكون ثمة خطأ في الرضا أو غياب تام له، وبالتالي ليس هناك عقد على الإطلاق. كان هناك في أول الأمر توافق حول مبدأ العقد إلا أن كليات التنفيذ كان يملئها أحياناً متعاقد واحد - الأقوى اقتصادياً والأكثر ثقافة قانونية (ظاهرة الإدعان؟) - أو معقودة أحياناً بصمت - مجرد جهل مشترك، حتى عدم توقع (بالمعنى المشترك) ..

وهذا لا يعني أن طريقة التفسير الذاتي لم تعد تشكل أي إسعاف أو مساعدة⁽³⁾، في حال غياب الإرادة المشتركة القابلة للكشف عنها. وإقامة الثقة في القانون (بالمعنى الواسع) لم يعد بالإمكان إذ تحقيقها إلا بالإقامة الموضوعية لنوع من التوازن في الرجبات وفقاً للعدالة. ولذلك يجري أكثر فأكثر تعداد أحكام محكمة النقض التي تستند بدون مواربة إلى المادة 1135 من القانون المدني، أما لتحديد موجبات الفريقين، وأما لتعزيز المحتوى الملزم للعقد.

على أن إعادة التوازن للعقد هذه يجب أن تتم بحذر، ذلك بأنه من فرط ما يراود إعادة التوازن أكثر من اللازم يمكن أن يؤدي ذلك إلى اختلال عكسي للتوازن وإلى توجيحية اجتهدية وازنة أكثر من اللازم من شأنها أن تجر إلى خسارة الثقة بالعقد وفي النهاية عدم فعالية الحلول النظرية المتبناة⁽⁴⁾.

ومن المسموح به التفكير في أن ذلك أيضاً هو السبب الذي من أجله تراقب محكمة النقض مباشرة التفسير الموضوعي للعقد - ومبدأ هذا التفسير غداً مقررًا - وتنفذ أحكام قضاء

(1) انظر A. Rieg، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 407، صفحة 406.

(2) قدم Demogue هذه القواعد كنتائج لفكرة الأمن، المرجع عنه، ولا سيما الرقم 32، الصفحة 46 والمقدمة 47.

(3) انظر Y. Padot، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 299، صفحة 279.

(4) قارن بالأعمالية الجزئية للقوانين الأربعة: تكوين العقد، رقم 165 وما يليه.

الأساس عندما يضعون على عاتق أحد المتعاقدين موجباً لا يفرضه المنفعة الاجتماعية للعقد ولا عدالة المعارضة⁽¹⁾.

وأخيراً نتبين كذلك أن المبادئ الموجهة للعقد هي التي تملئ جميع الحلول في هذا الشأن.

(1) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1989. المشهد بها سابقاً.

الفصل الثاني

وصف العقد

52 - تعريف.

لاحظ العميد Batifol أن «العمل القانوني اليومي يركز على تحديد الفئة القانونية المطبقة على حالة محسوسة؛ ومعنى ذلك وصف الحالة المحسوسة»⁽¹⁾. ويظهر الوصف كأداة، كطريقة يستخدمها القانوني يمكن أن تعرّف على وجه العموم بأنها نهج فكري يركز على ربط حالة ملموسة بمفهوم قانوني مجرد تعترف به سلطة معيارية⁽²⁾ من أجل أن يطبق عليها نظامها⁽³⁾. وعملية الوصف المحددة على هذا النحو تنطلق من الواقع لكي تعود إليه من

- (1) Traité élémentaire de droit international privé، الطبعة الثانية، رقم 298، صفحة 351.
- (2) Marty et Raynaud، Droit civil، المجلد 1، Introduction générale à l'étude du droit، الطبعة الثانية، منشورات Sirey، 1972، رقم 131 مكرر، وهما يأخذان بما يلي: «لكي يصبح الواقع قانونياً ينبغي لذلك وجود الطابع المعياري الذي تنجذ عنه حتى في المصادر غير القانونية مع السلطة والتمسك القضائي أو الرأي القانوني أو القول كقانون».
- (3) انظر على سبيل المثال بالنسبة إلى تعاريف مجاورة: H. Capitant، Vocabulaire juridique (صدرت ترجمته عن المؤسسة الجامعية للدراسات بعنوان معجم المصطلحات القانونية 1998): «التحديد الدقيق لملائمة قانونية بهدف تصنيف هذه الملائمة في إحدى الفئات القانونية الموجودة» - Fr. Terré، L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications، أطروحة في باريس، L.G.D.J.، 1957، مقدمة R. Le Belle، رقم 14 صفحة 9 وصنفة 10: «... يجب أن لا يفتى عن النظر أبداً أن أي وصف يسم في ترجمة معطيات ملموسة بتعابير قانونية بهدف أن يطبق عليها نظام قانوني محدد» - J. Boré، La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P. Raynaud، رقم 1448، صفحة 474: «يرتكز وصف الوقائع أو العقود على مطابقة وضع واقعي مع مبدأ قانوني، وعلى تحديد أي فئة قانونية تدخل فيها هذه الواقعة أو هذا العقد الذي جرى التثبت من وجوده، وبالتالي تقدير أي نظام قانوني يطبق عليه» - J. Patazin، Le problème de l'équivalence juridique des résultats، أطروحة في باريس، 1951، رقم 3، صفحة 15: «يرتكز وصف وضع حقيقي على البحث عن أي مفهوم قانوني يطبق عليه» - J. - F. Overstake، Essai de classification des contrats spéciaux، أطروحة في بوردو، L.G.D.J.، 1969، مقدمة J. Brethe De La Cressaye، صفحة 115: «البحث عن طبيعة العقد هو البحث عن تحديد هذا العقد لإدخاله في فئة قائمة سابقاً تطبق قواعدا على العلاقة العقدية المعنية» - Marty et Raynaud، الموجبات، 1962، رقم 60، صفحة 103، والبحث بالنسبة إليهما، عن الطبيعة القانونية لمفهوم خاص، «هو في الوقت ذاته ربطها وإدماجها عن طريق عمل وصف في»

أجل تنظيمه⁽¹⁾.

والوصف يشترك مع التصنيف اشتراكاً وثيقاً⁽²⁾. على أنه لا يمكن أن يختلط به. فالتصنيف سابق للوصف الذي يتعذر فهمه بدون⁽³⁾. ويتوزع الوصف إلى التصنيف، إلى تطبيق القاعدة القانونية التي يحتويها التصنيف، ولكنه لا يمتصه. وقد جرى البيان أنه «من الواجب مماثلة العقود التي تطبق عليها سلسلة قواعد قانونية كهذه مرتبطة بإحدى الفئات. وبدون إمكانية المماثلة هذه يكون أي تصنيف لا طائل تحته. فالوصف هو الذي يتيح للتصنيف القيام بدوره المفيد»⁽⁴⁾. وينبغي كذلك تفريق الوصف عن التفسير. فوصف وضع ما يفترض الوقائع القائمة، سواء جرى اعتبارها ثابتة بالنسبة إلى الفريقين أو أن على القاضي تفسيرها. فتفسير الوقائع إذاً سابق لعملية الوصف⁽⁵⁾ ويعود إلى منهجية أخرى⁽⁶⁾.

- = صميم فئة أهم يتفرق عليها كذلك تحديد النظام القانوني، والرقم 130 أو الرقم 131 مكرر، صفحة 247 وما يليها - H. Motulsky, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, Dalloz 1964, العرض XXXIV, صفحة 235 وما يليها. والوصف في عرف المؤلف: «هو ترجمة مفاهيم وأفعاله بمفاهيم قانونية». «يرد الوصف بانصاف عناصر وأفعاله بمفاهيم قانونية» (رقم 6 ورقم 7) - أضف إلى ذلك: R. Martin, La règle de droit adéquate dans le procès civil, Dalloz 1990, العرض XXXIX, صفحة 163 وصيغة 164 «الوصف هو الفئة العامة لتحقق القانون» (رقم 2).
- (1) H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), أطروحة في ليون، 1947، رقم 62، صفحة 61: «تجري إذاً، في أونة معينة، عودة القانوني إلى الاجتماعي: بالتحليل المتواصل يتدفق القانون، أو بالأصح يتدفق مجدداً وأفعاله».
- (2) B. Croze, Recherche sur la qualification en droit processuel français, أطروحة في ليون، طبع على الآلة الكاتبة، 1981: «يدل تعبير الوصف أيضاً على العملية الفكرية لتطبيق القانون على الوقائع وكذلك الفئة القانونية، حتى القاعدة القانونية، المطبقة على هذا النوع». موسوعة Dalloz، فهرس القانون الدولي الخاص V الوصف، Ph. Francescakis، رقم 4.
- (3) H. Motulsky، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 22، صفحة 24: «تجري ترجمة الواقع الاجتماعي بالفعل عن طريق «الوصف»، أي بأن يطبق على الظاهرة الملموسة تعبير يمثل معادلة القانوني. والواقع إنما لا نرى ما يمكن أن يكون هذا التعبير سوى تسمية مجموعة قواعد قانونية. وبالتالي إذا كان يمكن أن «نصف» مجموعة أحداث في الحياة «بعقد بيع»، فذلك بأن عدداً معيناً من القواعد القانونية كانت مسبقاً مجمعة في فئة مسماة «عقود بيع». أضف إلى ذلك فالقواعد القانونية، المطبقة على هذا النوع». موسوعة Dalloz، فهرس القانون الدولي الخاص V الوصف، رقم 27، ولا سيما التعليق 1 صفحة 25 ورقم 28، صفحة 25 وما يليها.
- (4) يلاحظ المؤلف أن تخصيص العقود، في القانون الفرنسي، كان في نمو منذ إصدار مدونة قوانين نابليون، مما كان له طبيعياً لمفعول تعزيز دور وصف العقد. على أن التصنيف ليس ظاهرة شريكية. فبعض الأنظمة القانونية، كما في إنجلترا، مثلاً، يجهل مفهوم العقد الخاص. إن منفعة وصف العقد، من وجهة نظر علمية بالتحديد، تنزلت بشكل أساسي على حل النزاع الدائم والقائم بين النظرية العامة للعقد ونظرية العقد الخاص. وكلما زادت أهمية النظرية الأولى كلما قد وصف العقد، كأداة تصنيف إضافية، أهميته والمكس بالمكس.
- (5) J.F. Overstake، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 16.
- (6) Fr. Terré، رقم 12، صفحة 110، رقم 674، صفحة 541 - موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية V العقود والموجبات، تأليف L. Boyer، 1971، رقم 205 - H. Motulsky, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, Dalloz 1964، العرض XXXIV، صفحة 235 وما يليها ورقم 11، صفحة 238.
- (8) انظر الرقم 6 السابق وما يليه.

53 - مظاهر الوصف الحالية.

وصف العقد معنى يحوي مراحل متتابعة عديدة. ويتساءل القاضي أو المحامي أو الكاتب العدل، عندما يواجه بتوافق الإرادة، في أول الأمر، حول قيمته عمّا إذا كان هذا الاتفاق قد تم من أجل إنتاج مفاعيل قانونية⁽¹⁾. فإذا كان الجواب إيجابياً عليه أن يدقق تحقيقاته وأن يطرح على نفسه مسألة معرفة أي فئة قانونية عامة تجد فيها هذه الاتفاقية عناصر ارتباطها⁽²⁾، لكي يطبق عليها النظام القانوني المناظر لها.

ويتوقف حل نزاع ما أحياناً على معرفة أي فئة قانونية عامة من المناسب ربط توافق الإرادة بها وحسب. فالوصف الخاص هو إذاً بلا فائدة⁽³⁾. فهل يتعلق الأمر بعقد غرر أو بعقد معاوضة؟ ويكون الغبن مطبقاً أم لا بحسب الجواب المعطى⁽⁴⁾. وتكون قواعد الإثبات مختلفة حسبما يكون الأمر متعلقاً بعقد ملزم للطرفين أو بعقد أحادي الجانب⁽⁵⁾. وقد حُكم بأن الوصف الخاص بأحد العقود ليس له تأثير على الاختصاص القضائي ما دام أن موضوع الاتفاقية وحده هو المعيار الذي يتبع لتحديد الاختصاص⁽⁶⁾.

وتكتمل مرحلة ثالثة هذا الاستدلال. وهي تقضي بتحديد الفئة القانونية الخاصة التي يرتبط بها العقد. وذلك يعني التفريق بين العقود المسماة وبين العقود غير المسماة⁽⁷⁾؛ وكذلك أيضاً التفريق بين مختلف العقود الخاصة الخاضع كل منها لجسم قواعد نوعية أو إجراء أو أساس، سواء أكانت من الانتظام العام أم لا⁽⁸⁾. إنه وصف العقد، بالمعنى الضيق، الذي يظهر مجاله أوسع من مجرد التعارض بين المسمى وغير المسمى. وبالفعل يمكن أن يتضمن نموذج عقد في ذاته بدائل مختلفة⁽⁹⁾ يخضع كل منها لنظام قانوني خاص.

ويتوقف اختصاص القضاء في مجال عقود الإيجار على طبيعة عقد الإيجار. فإذا كان المقصود إيجاراً تجارياً خاضعاً لأحكام مرسوم 30 أيلول 1953 فإن الاختصاص القضائي

(1) انظر تكوين العقد، رقم 10.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 12 وما يليه.

(3) Ph. Malaurie et L. Aynès, Les contrats spéciaux, 1993، الطبعة السابعة، رقم 1.

(4) Fr. Terré، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 842 وما يليه، صفحة 513 وما يليها.

(5) النقض المدني في 16 أيار 1900، يوميات الكتابة العدل 1900، البند 27181، صفحة 548. حريصة 20

(6) كانون الثاني 1913، يوميات الكتابة العدل، 1913، البند 30604، صفحة 284. الفقرة المدنية الأولى في

محكمة النقض، 13 نيسان 1988، النشرة المدنية، 1، رقم 99، 67. وكذلك Fr. Groux, Les effets de

l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs، المجلة الفصلية للقانون

المدني، 1983، صفحة 283 وما يليها.

(8) النقض التجاري في 3 آذار 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 48.

(7) النقض الاجتماعي في 2 تموز 1953، Dalloz، 1953، صفحة 693، ملاحظة R. Savatier.

(8) انظر الرقم 98 اللاحق وما يليه.

(9) انظر الرقم 54 اللاحق وما يليه.

(10) Ph. Malaurie et L. Aynès, Les contrats spéciaux، رقم 36 ورقم 37.

يكون اختصاص المحكمة البدائية (المادة 29 من المرسوم والمادة 312 - R 3 من قانون التنظيم القضائي). وإذا كان المقصود إيجاراً يتناول أماكن سكن، مختلطة أو مهنية، فإن المحكمة الصالحة للنظر في النزاعات هي محكمة البداية (قاضي منفرد) (المادة 321 - R 2 من قانون التنظيم القضائي)، وللوصف الخاص للإيجار أهمية خاصة جداً⁽¹⁾.

54 - دور وصف العقد في فروع القانون المختلفة⁽²⁾:

وصف العقد نهج فكري يأخذ شكل القياس⁽³⁾. والمقصود دائماً في القانون الخاص الداخلي تعيين الاتفاقية بتحديد الفئة القانونية التي تنتمي إليها لكي يطبق عليها نظامها القانوني، وكان الأمر يتعلق في قانون العقوبات حتى إصلاح 22 تموز 1992 بتعيين الاتفاقية من أجل وصف جريمة ما. ويصف القانون الضريبي العقد من أجل استيفاء الضرائب. وينظم الوصف في القانون الدولي الخاص أنواعاً من تنازع القوانين بدون الارتباط مباشرة، على الأقل بصورة عامة، بخاصية العقد، أي على سبيل المثال بدون الكلام على طابع البيع والإيجار في عمل ما، فوصف العقد وحده يرتدي طابع الأهمية. ويقوم وصف العقد في القانون المجموعي (أي المتعلق بالمجموعات الأوروبية) بدور مماثل للدور الذي يقوم به في القانون الداخلي، بيد أنه يستبعد الوصف الوطني من أجل تأمين الوحدة في تطبيق التنظيمات المجموعية بالنسبة إلى الأعضاء جميعاً.

55 - وصف العقد في القانون الخاص الداخلي موجه دائماً نحو هدف معين: تطبيق نظام قانون محدد⁽⁴⁾.

حكم على سبيل المثال في 9 تشرين الثاني 1987⁽⁵⁾ بأن اتفاقية ما تحوي، بالنسبة إلى إحدى الشركات، موجب منح حصصية توزيع منتج ما، وبالنسبة إلى الشركة الشريكة في

(1) انظر حول هذه المسائل M. Renard، مصنف الاجتهادات الدوري، Bail à loyer، الكراسة 710، 7، في ما يتعلق بوصف العقد في القانون الإداري سنكتفي بالإحالة إلى شروحات السيد D. Truchet، Le contrat administratif، qualification juridique d'un accord de volonté، in Le droit contemporain des contrats منشورات Economica، 1987، صفحة 185 وما يليها.

(2) في ما يتعلق بوصف العقد في القانون الإداري سنكتفي بالإحالة إلى شروحات السيد D. Truchet، Le contrat administratif، qualification juridique d'un accord de volonté، in Le droit contemporain des contrats منشورات Economica، 1987، صفحة 185 وما يليها.

(3) Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 3، صفحة 2. H. Motulsky، الأطروحة السالفة الذكر، ولا سيما الرقم 48 وما يليها، صفحة 46 وما يليها. انظر كذلك: المدخل العام، رقم 46 وما يليه حول القياس القضائي.

(4) انظر: Ripert et Boulanger، Traité de droit civil، d'après le traité de Planiol. tome III، Sociétés réelles، 1938، L.G.D.J.، publicités foncières، Contrats civils، principaux contrats، رقم 1286، صفحة 439.

انظر كأمثلة التقاضي في مناسبة هريضة 10 تشرين الثاني 1916، يوميات الكتابة المدل، 1916، البند 31309، صفحة 168 (وصف عقد إيجار في اتفاقية يستأجر بموجبها أحد الأشخاص الصيد البري في قطعة أرض تعود للغير وتؤدي إلى تطبيق المادة 1728 من القانون المدني)، والأشلة الواردة في الرقم 48 السابق.

(5) نقض مدني، 9 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 237، صفحة 177 مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، I، 21186، ملاحظة G. Virassamy.

التعاقد مرجح تأمين تنشيط هذا المنتج وبيعته الذي لا يجري تحليله كبيع مع موجب ذكر الثمن وإنما كموجب فعل. ووصف العقد يستبعد تطبيق القواعد الخاصة لعقد البيع المتعلقة بعدم تحديد الثمن⁽¹⁾.

وغالباً ما يملك القاضي خياراً عندما يريد تطبيق نظام قانوني على عقد لم يُرتبه في الأساس، وبإمكانه التصرف عن طريق توسيع تماثلي بدون تناول الوصف، أو أن يتناول الوصف مباشرة، وبصورة أدق الفئة الموجودة سابقاً. على أن المصدر الوحيد المتاح أمام القاضي غالباً ما يركز على تناول الصف بصورة مباشرة.

وفعل تناول الوصف للحصول على نتيجة معتبرة مناسبة، عن طريق نظام مناسب، يمكن أن يقود إلى تشويه خطر للمفاهيم.

وقد نظرت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بتاريخ 9 كانون الأول 1986⁽²⁾ في نزاع بين بائع قطعة أرض وشاريها الذي التزم بالمقابل بإشادة أبنية على قطعة بقيت بملكية البائع. وقد رفض البائع القيام ببعض موجباته وقاضي الشاري لأجل إبطال الاتفاقية. وقاضي الشاري من جهته البائع لتحقيق البيع. ورفض قضاة الأساس إعلان بطلان العقد فقدم الشاري طعناً أمام محكمة النقض. كان يأخذ على محكمة الاستئناف إنها أبطلت العقد لعدم وجود ثمن قابل للتحديد في حين أن الاتفاقية في حال عدم وجود ثمن متفق عليه يجب أن تعتبر كإبقاء بعوض أو كعقد مقاوله جزائية وإنما ليست بيعاً يفترض دفع ثمن بالعملة أياً كانت التسمية التي اعتمدها الغرفة⁽³⁾. وقد ردت محكمة النقض هذا الطعن بحجة أن «بيع شيء ما يمكن أن يتحقق عن طريق مقابل غير دفع مبلغ من المال، وبالتالي فإن محكمة الاستئناف لم تنتهك المادة 1582 من القانون المدني عندما أخذت، وفقاً لأحكام الاتفاقية، بأن الفريقين كانا يتوخيان إبرام عقد بيع.

كان الهدف المرجو تطبيق نظام البطلان لعدم تحديد الثمن على أساس المادة 1591 من القانون المدني⁽³⁾. بيد أن وصف البيع، في غياب ثمن متفق عليه بالعملة، لا يمكن الأخذ به من حيث المبدأ، ذلك بأنه أحد أركان العقد الجوهرية⁽⁴⁾. إن غياب الثمن كان

(1) انظر على وجه الخصوص حول تطور الاجتهاد في هذا المجال وقد أصبح يفرق، لتطبيق اقواعد تحديد الثمن، العقود التي يكون موضوعها الأصلي موجب فعل عن التي يكون موضوعها الرئيسي موجب إعطاء، تكوين العقد، رقم 722 وما يليه.

(2) الشرة المدنية III، رقم 177، صفحة 139.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 704 وما يليه.

(4) Hamel و Givord، تأليف الجزء X، 1856، Placiot et Ripert، Traité pratique de droit civil français و Tung، رقم 35، صفحة 34. انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 تشرين الأول 1967، الشرة المدنية I، رقم 292، صفحة 218، Dalloz 1968، الصفحة 29 من المرجع. وقد رأت أن العقد الذي يفرض على أحد الفريقين نقل رقبة المالك هو عقد غير مسمى بعوض، ذلك بأن الخدمة لا يمكن اعتبارها ثماً رغباً عن تقويم مطلوب لغايات ضريبة - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 آذار

يؤدي إضافة إلى ذلك إلى استحالة مادية في أن تمتد القواعد المتعلقة بتحديد الثمن إلى الاتفاقية. وحسب هذه المقدمات المنطقية كانت الطريق الوحيدة التي يمكن أن يلتزمها القاضي تركز إذاً على تناول الوصف وقبول كون الثمن المتفق عليه يمكن أن يكون حاجة ما وليس بالضرورة مبلغاً من المال. وبالتالي يندو وصف البيع ممكناً، وفي الوقت ذاته تطبيق المادة 1591 من القانون المدني⁽¹⁾. ومن المعلوم في الواقع أن الاجتهاد يأخذ منذ عام 1978⁽²⁾ بأن البطلان لعدم تحديد الثمن، وعلى وجه أعم تحديد «مقدار الشيء»، مبني على الأحكام العامة للمادة 1129 من القانون المدني مما كان يمكن أن يسمح بتجنب وصفاً للبيع منازع فيه جداً في الحالة الراهنة.

إن تعديل المفاهيم الصالحة كإستناد للوصف عن طريق الرجوع إلى فكرة التكافؤ خطر، ذلك بأنه يفقدها أي ودقة ويُدخل عنصر عدم اليقين⁽³⁾. وعندما يتناول، كما في الحالة الراهنة، عنصراً أساسياً في المفهوم يكون مفعوله القضاء على التصنيف. ومن الأكيد أن إلغاء تطلب الثمن في البيع يقود إلى معاملة كاملة لعقد البيع بالتبادل (أو المقايضة). ولذلك ينبغي أن لا تكون هذه الطريقة مستخدمة إلا بحذر. فتحديد الغنة القانونية التي يجب أن يترع إليها الوصف يمكن تحديدها بدقة على وجه أكيد، غير أن هذه الدقة يجب أن لا تقود إلى الهمد. وبالمقابل، عندما يستطيع القاضي أن يجعل تطبيق نظام قانوني ما على عقد آخر عن طريق المماثلة فإنه يدع الوصف سليماً ولا يتعرض لهذه المآخذ.

56 - وصف المقد، قبل إصلاح عام 1992، في قانون العقوبات، كان يظهر أحياناً أساسياً عندما يتعلق الأمر بمعاينة بعض التصرفات.

كانت المادة 408 من قانون العقوبات التي تعاقب على سوء الائتمان تتعلق حصراً باختلاس أشياء سبق أن سلعتها الضحية بموجب أحد العقود السبعة التي تعددها حصراً⁽⁴⁾.

= 1981، النشرة المدنية، III، رقم 56، صفحة 142 Dalloz، 1981، صفحة 442 من التقرير، ملاحظة Ch. Larroumet.

(1) انظر كعشال آخر، في شأن التحديد وفقاً لسوشر متحرك، J. Ohestin et M. Billiau، Le prix dans les L.G.D.J.، 1990، contrats de longue durée، رقم 42، في ما يتعلق بالتفريق بين شروط التحديد وفقاً لسوشر متحرك وشروط تحديد الثمن.

(2) انظر تكوين المقد، رقم 718 وما يليه.

(3) انظر: J. Patarin، Le problème de l'équivalence juridique des résultats، أطروحة في باريس، 1951، رقم 85 وما يليه، صفحة 211 وما يليها، ولا سيما رقم 88، صفحة 218 ووصلة 218.

(4) بالنسبة إلى إعادة وصف المقد المعبر غير سمي من قبل فضاء الأساس كعقد إيداع يكمله عقد وكالة، الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 12 آذار 1974، النشرة الجنائية، رقم 101، صفحة 259، Dalloz، 1974، صفحة 607، ملاحظة M. Véron. وكذلك: الجدول العشري لأحكام الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 1959 - 1960، رقم 7، وما يليه، صفحة 13 وما يليها - وعلى صعيد رقابة الوصف في القانون الجزائي، A. Vitu، J. Boré، La cassation en matière pénale، L.G.D.J.، 1985، مقدمة رقم 3547 وما يليه، صفحة 1080 وما يليها. وكذلك: في شأن الطابع التحديدي لتعداد المادة 408، مما يستبعد البيع

وقد طُرحت مسألة معرفة ما إذا كانت الأوصاف التي تتبناها فروع القانون اُخرى، ومنها قانون العقود المدني، يجب أن تُفرض على القاضي الجزائي أو عما إذا كان هذا الأخير يملك نوعاً من الاستقلالية⁽¹⁾. وقد اعترف الاجتهاد لنفسه بهذه السلطة؛ وهذا ما أبدته الفقه⁽²⁾، وإنما مع ملاحظة أن اختصاصية مهمة القاضي الجزائي ليس في وسعها إضفاء الشرعية على التكرار المنهجي لجميع المؤسسات غير الجزائية التي اعتبرها القانون العقابي حارساً⁽³⁾.

وهكذا يجب توفيق القاعدة لا جريمة ولا عقوبة بدون قانون (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) مع مبدأ استقلالية القانون الجزائي. ولا يمكن معاقبة سوء الائتمان إلا أن يتعلق العقد بوصف عدته المادة 408 من قانون العقوبات⁽⁴⁾، غير أن القاضي الجزائي كان يملك سلطة مستقلة لوصف العقد الذي يتوقف عليه تطبيق القانون الجزائي. وهكذا كانت الغرفة الجنائية في محكمة النقض تستبعد أحياناً وصفاً موحداً سبباً على فكرة اللاتقاسم لمعاقبة سوء الائتمان. وقد حكمت بأن عقد البيع في صورة إيجار، بخلاف الإجارة البنية، التي يسوسها قانون 2 تموز 1966، يتكون بصورة أساسية من عقد إيجار مقترن لصالح المستأجر بوعده ببيع أحادي الجانب. وبالتالي كانت قواعد الإيجار مطبقة وكان يمكن اعتبار الشريك في التعاقد مرتكباً جريمة سوء الائتمان⁽⁵⁾. وعليه كان البيع في صورة إيجار المتعلق بالمتنقل مماثلاً بلا قيد أو شرط بأحد العقود المعددة في المادة 408 من قانون العقوبات موصوفاً بإيجار أشياء.

وتحرم المادة 314/1 من قانون العقوبات الذي يعاقب اليرم سوء الائتمان وصف العقد من أي فائدة طالما أن طبيعة هذا العقد أصبحت غير مكرت لها. فقد ورد في النص الجديد لسوء الائتمان هو إقدام أحد الأشخاص، للإضرار بالغير، على اختلاس أموال أو قيم أو أي مال سلمت إليه وقبل عبه ردها أو تقديمها أو استعمالها في غرض معين⁽⁶⁾.

= مع التحفظ لجهة الملكية وعقد الحساب لأجل، محكمة نرساي. الفترة التاسعة، 24 كانون الثاني 1991 والنقض الجنائي في 28 كانون الثاني 1991، 1991 Dalloz، الصفحة 273 من الموجز، ملاحظة G. Azibert. إضافة إلى ذلك: حول طبيعة رقابة محكمة النقض في ما يتعلق بوصف العقد، النقض الجنائي في 3 تشرين الأول 1991، 1991 Dalloz، الصفحة 281 من التقرير (رقابة محدودة بالتشويه).

(1) انظر: R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Procédure pénale*، نشرات Cujas، 1973، رقم 134 وما يليه، صفحة 182 وما يليها، رقم 322، صفحة 375 وصفحة 376.

(2) R. Merle et A. Vitu، المرجع عنه والاستشهاد ذاته، L.G.D.J.، J. Boré، La cassation en matière pénale، 1985 مقدمة A. Vitu، رقم 2583، صفحة 773.

(3) R. Merle et A. Vitu، المذكوران سابقاً، رقم 138، صفحة 187 في نهايتها.

(4) انظر: J. Boré، المرجع عنه، رقم 3556، صفحة 1083.

(5) النقض الجنائي في 14 شباط 1979، النشرة الجنائية، رقم 68، 1979 Dalloz، الصفحة 177 من التقرير، ملاحظة P. Pouch De Boubeé، الصفحة 215 من التقرير، ملاحظة Pouch De Boubeé، النقض الجنائي في 12 تشرين الثاني 1979، النشرة الجنائية، رقم 312، 1980 Dalloz، الصفحة 202 من التقرير، ملاحظة M. Vasseur.

57 - يأخذ القانون الضريبي بوصف العقد في صدد مطرح الضريبة.

يرتدي الوصف إذا أهمية أكيدة⁽¹⁾. فرسوم التسجيل مثلاً، حينما يكون العقد مسمى، أو غير مسمى تكون متميزة، ذلك بأن العقود غير المسماة تخضع دائماً لرسم محدد بمقتضى المادة 680 من القانون العام للضرائب⁽²⁾.

58 - للوصف في القانون الدولي الخاص موضوع تسوية بعضي من تنازع القوانين.

على القاضي الفرنسي، تجاه وضع واقعي من شأنه تطبيق قاعدة التنازع، أن يحدد القانون الواجب التطبيق. وهو ملزم لهذه الغاية بوصف هذا الوضع لأن الوصف سابق لاختيار القانون الواجب التطبيق، ويرجع القاضي الفرنسي إلى مفاهيم قانونه الخاص. إنه يبدأ وصف قانون المحكمة⁽³⁾. بيد أن القانون الدولي الخاص لا يهتم بوصف العقد بالمعنى الضيق لأن العقود يسورها قانون الاستقلالية⁽⁴⁾.

59 - للوصف في القانون المجموعي (أي المتعلق بالمجموعات الأوروبية) وظيفة

توجيهية.

يظهر الوصف كمحرك انبثاق قانون مجموعي موحد ومستقل. وقد حكمت محكمة عدل المجموعات الأوروبية في 14 كانون الثاني 1982، بأن «النظام القانوني المجموعي لا يتوخى بالفعل من حيث المبدأ تعريف أوصافه باستحاء نظام وطني أو عدة أنظمة منه بدون تعيين صريح»⁽⁵⁾. ويمكن، في المجال العقدي، إبراز قرارين طبقاً ما يمكن تسميته مبدأ القانون المجموعي، بالمقارنة مع القاعدة التي تحمل الاسم نفسه والتي تبناها قانون العقوبات الداخلي الفرنسي. ويقترب هذا المبدأ من مفهوم وصف قانون المحكمة (Legge fori) في القانون الدولي الخاص.

وهكذا حددت محكمة عدل المجموعات الأوروبية بدقة ما يجب فهمه من عبارة «البيع بالتقسيط» لتطبيق المادة 13 من اتفاقية بروكسل بتاريخ 27 أيلول 1968 المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في الشأن المدني⁽⁶⁾ كما حكمت من أجل تطبيق المادة 5 الفقرة

(1) انظر الغرض التجاري في 12 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، IV رقم 7 صفحة 4، الحكم بأن امتياز استعمال اسم تجاري لا يدخل ضمن نص المادة 17 من قانون الضرائب العام، ورقابة الوصف الذي أخذ به القاضي الأساس.

(2) انظر حول اهتمام المشتري الضريبي بالعقد غير المسماة، D. Grillet - Ponton, *Essai sur le contrat inconnu* أطروحة في ليون، 1982، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 201، صفحة 222 وما يليها.

(3) انظر حول هذه المسائل، H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*، الجزء 1، الطبعة السابعة، L.G.D.J.، 1981، رقم 291 وما يليه، صفحة 338 وما يليها.

(4) H. Batiffol et P. Lagarde، المذكوران سابقاً، رقم 284، صفحة 331 وصفحة 232.

(5) Cormen ضد Hauptzollamt Gronau، مجموعة محكمة عدل المجموعات الأوروبية 1982، صفحة 13 وما يليها.

(6) محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 21 حزيران 1978، Bertrand ضد Ott، مجموعة محكمة عدل =

الأولى من هذه الاتفاقية بأن «ثمة ما يدعو إلى اعتبار مفهوم المادة العقدية كمفهوم مستقل يقتضي تفسيره لتطبيق الاتفاقية بالرجوع بصورة أساسية إلى نظام الاتفاقية المذكورة وأهدافها في سبيل أن تؤن لها فعاليتها التامة».. «وأن الانضمام إلى رابطة ينشئ بين الشركاء روابط وثيقة من النموذج عنه كالروابط التي تقوم بين القراء في عقد ما، وأنه من المشروع بالتالي اعتبار ذلك موجبات عقدية»⁽¹⁾. ووصف نوافذ الإرادتين والعقد الخاص في القانون المجمعي هو بالتالي مستقل ويتم بالمنطق عنه كالقانون الداخلي، على اعتبار أن المفعول المتوخى هو دائماً تطبيق نظام قانوني محدد سابقاً على وضع واقعي محدد أيضاً.

60 - الفصل بين الوصف والنظام القانوني للعقد.

في وسع الإرادات الفردية، ضمن بعض الحدود، أن تتناول الأوصاف المسماة⁽²⁾. ويسعى الفريقان بهذه الطريقة إلى الملاءمة بين وصف معدّل بمفعول عملها والنظام القانوني لوصف المجرد.

بيد أن بإمكانهما كذلك فصل وصف النظام بإخضاع عقدهما لنظام قانوني يعود إلى فئة ثانية⁽³⁾، أو، بصورة جذرية أقل، استبعاد بعض القواعد البديلة أو إضافة اشتراطات خاصة أيضاً إلى اتفاقيتهما مأخوذة عن عقود خاصة أخرى أم لا. وهذا النهج مشروع بالنسبة إلى مبدأ الحرية العقدية بيد أن له حدوده الطبيعية أمام الانتظام العام والاقتصادي والاجتماعي الذي يحدد بشكل آمر محتوى بعض العقود⁽⁴⁾.

61 - تكافؤ النتائج

لا تتحمل في وصف العقد المنفعة إلا أن تكون قد وضعت في التناقص نظامين قانونيين متميزين مرتبطين بتصنيف خاص⁽⁵⁾. وحتى صدور قانون 4 كانون

= المجموعات الأوروبية، 1978، صفحة 1431، وما يليها.

(1) محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 22 آذار 1983، Peters ضد S.N.A.V، مجموعة محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 1973، صفحة 887 وما يليها.

(2) انظر الرقم 84 اللاحق وما يليه.

(3) انظر النقض الاجتماعي، 29 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، 7، رقم 501، صفحة 378 الأخذ وبأنه، إذا كان الفريقان بإمكانهما أن يضعها نفسيهما اتفاقاً في حفل تطبيق نظام المسافرين، كمثالين ووسطاء تجاريين، فينبغي من أجل ذلك أن توخيا إعطاء الأجير المعني صراحة حقّه كهنه، وأن محكمة الاستئناف قدرت أن المستند لم يكن يتوحي الاعتراف للأجير بصفة ممثل نظامي أو إقائته من هذا النظام.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 147 وما يليه، بالإضافة إلى: الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 آذار 1987، النشرة المدنية، 1، رقم 90، صفحة 168 Dalloz، 1987، صفحة 577، ملاحظة G. Morin. عندما يثبت أن ثمن شراء عقار يجب أن يمول عن طريق القرض، يكون هذا العقد بالضرورة مبرماً تحت شرط معلق للحصول عليه رغماً عن الذكر الخطي الذي يعلن فيه الشاري عدم التفرع بأسكام القانون رقم 79 - 596، تاريخ 13 تموز 1979 المنطبق بإعلام المقررين وحمايتهم في المجال العقاري.

(5) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 16 شباط 1983 النشرة المدنية TV، رقم 63، صفحة 42، لا تطبق القواعد المتعلقة بتحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك والمصلحة في المادة 79 من الأمر الإشرافي بتاريخ *

الثاني⁽¹⁾ كانت مسؤولية مقاول البناء العقاري من طبيعة مختلفة عن طبيعة البائع. كان ذلك إذا وصف العقد الذي كان يتبع تحديد نظام المسؤولية المطبق⁽²⁾.

إلا أن بعض الاتفاقيات يتبع مفاعيل متشابهة أيًا كان وصفها الخاص⁽³⁾، حتى ولو بين

30 كانون الأول 1958 المعدلة على عقد الإدارة التجارية لمؤسسة تجارية بمقدار ما لا يكون هذا العقد متعلقًا بعقار مبني - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 أيار 1988 النشرة المدنية، III، رقم 105، صفحة 56، لا يطبق مرسوم 30 أيلول 1953 إلا على إيجارات السكن أو العقارات ولا يطبق على الإدارة الإيجارية لمؤسسة تجارية - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1986، النشرة المدنية، III، رقم 93، صفحة 74. وكانت المسألة المطروحة من معرفة ما إذا كان الإيجار لمدة طويلة الذي يتناول قطعة أرض غير مبنية كانت للمستأجر تعاقداً إمكانية تشييد أبنية عليها إيجاراً سكنياً، وفي هذه الحالة يخضع لأحكام مرسوم 80 أيلول 1953، أو لإيجاراً للبناء يعود إلى تنظيم آخر. وقد حكمت محكمة النقض بأن الأمر يتعلق بإيجار حكري. انظر، كاملة أخرى على المنازعة في الوصف: الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 أيار 1986، النشرة المدنية، III، رقم 74، صفحة 58 (إيجار تجاري أو نصلي) - النقض التجاري في 20 شباط 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 74، صفحة 64 (كفالة أو ضمان عند أول طلب) - النقض التجاري، 12 كانون الأول 1984، النشرة المدنية IV، رقم 344، صفحة 280 (ضمان عند أول طلب أو كفالة أو تضامن) - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 حزيران 1987، النشرة المدنية، III، رقم 144 صفحة 68. إن عقد الاحتفاظ بعقار معاً للبناء (عادة 251 - R 251 - 281 من قانون البناء والإسكان) ليس وعداً بالتبعية تم قبوله باستثناء ظروف خاصة (الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 حزيران 1977، النشرة المدنية، III، رقم 270، صفحة 206)، مما ينتج عنه أن الوريث الفرعي (صاحب المحطة المحفوظة)، لا يمكنه إجبار الحاجز على تحقيق البيع، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 تموز 1982، النشرة المدنية، III، رقم 150، صفحة 87 (إيجار قصلي أو إيجار استعمال للسكن يعطي الحق في التجديد تطبيقاً للقانون 22 حزيران 1982) - النقض الاجتماعي في 8 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية V، رقم 851 صفحة 392 (وصف عقد عمل) - الغرفة المدنية الأولى (وصف إيجار وليس وصف عقد شامخ لأحكام القانون رقم 78 - 22، 10 كانون الثاني 1978)، الغرفة المدنية الثالثة، 3 شباط 1982، النشرة المدنية I، رقم 60، صفحة 51، فهرس Defrénois، 1982، البند 32972، رقم 101، ملاحظة J.L. Aubert، المقدم بين سننم مقيم مالك قافلة تتوقف مقابل عائدة ليس إيداعاً مأجوراً وإنما هو إيجار لا ينضج أي موجب حراسة.

(1) قانون 4 كانون الثاني 1978 وتحّد في مجال البناء العقاري، نظام مسؤولية جميع الأشخاص المرتبطين بصاحب العمل بعقد إيجار عمل ومسؤولية بائع العقار بعد الإنجاز الذي بني أو عمل على البناء وأي شخص قام بعملة تماثل بعملة مستأجر العمل (المادة 1972 - 1 - من القانون المدني).

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 كانون الأول 1973، النشرة المدنية، III، رقم 819.

(3) على سبيل المثال المادة 312 - 2 L من قانون الاستهلاك المتعلق بإعلام المقترضين وحمائهم في الشأن العقاري التي تنص على أن «أحكام الفصل السابق تطبق على القروض التي أيا كان وصفها أو تقيدها، تتم بشكل اعتيادي من قبل شخص طبيعي أو معنوي» من أجل تمويل اكتساب ملكية عقار لاستعمال مهني أو لاستعمال مهني وسكني. وقد حكمت محكمة النقض بأن هذا النص يطبق على العملية التي تؤدي إلى إعطاء مكتسب الملكية اعتماداً له قيم معينة مقابل فوائد تحسب تبعاً لهذه القيمة، بدون أن يكون للموصف الذي اعتمد الفريقان، والذي يشهد تطبيق القانون، أي تأثير (الغرفة الأولى في محكمة النقض، 10 حزيران 1987، النشرة المدنية I، رقم 190، صفحة 141. وكذلك: الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الثاني 1993 النشرة المدنية I، رقم 29، صفحة 19) - انظر أيضاً الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية I، رقم 35، صفحة 23، ولا تفرق المادة 869 من القانون المدني المحررة بتعابير عامة بين أن تكون المبالغ التي يجب على مستحق الإثبات أن يرددها موضوع حبة أو

أحد المؤلفين أنه ليست هناك في المطلق تقنيات قانونية مرادفة «لأن كلا منها بسبب فصليته الأولية يشترط نتيجة خاصة به»⁽¹⁾. وليس لوصف العقد هنا منفعة. ولهذا تسبب حكمت محكمة النقض بأن المحاكم ليست ملزمة بتحديد العلاقات القانونية بين الفرقاء ما دام أنهم يبينون أن النتائج كانت متماثلة في الفرضيتين المقدمتين⁽²⁾. إن مفعول التنسيق بين الأنظمة القانونية لمختلف العقود الخاصة بالضرورة، إلى أجل قصير أو طويل، تقليص دور وصف العقد⁽³⁾. والحالات التي يكون فيها وصف العقد بلا فائدة تبقى مع ذلك استثنائية. وسنعالج على التوالي معايير وصف العقد والمنازعة في الوصف.

- « قرأ: 1. فوصف العقد إنأ مجرد من المنفعة. انظر كذلك النقض التجاري في 6 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية IV، رقم 327، صفحة 1227 Rida، 1992، رقم 68، صفحة 149 Dalloz، 1991، الصفحة 269 من التقرير «اعتبار المصرف، أي كانت العلاقات المقدمة مع زبونه، ملزم بإعلامه المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها في عمليات المضاربة في الصفقات لأجل». وعليه لم يكن للنقاش حول طبيعة العقد القانونية - عقد إدارة حقبة أو عقد إيداع سندات - أي تأثير على حل النزاع.
- (1) R. Perrot، De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques، أطروحة في باريس، 1947، رقم 22 وما يليه، صفحة 62 وما يليها.
- (2) النقض التجاري في 12 أيار 1985، النشرة المدنية، III، رقم 308، صفحة 280. الغض التجاري في 13 كانون الثاني 1964، النشرة المدنية، III، رقم 18، صفحة 15. وكذلك النقض الاجتماعي في 2 تموز 1953، 1953 Dalloz، صفحة 893، ملاحظة R. Savatier.
- (3) انظر: Rh. Malaurie et L. Aynès، المرجع عنه، رقم 37. بالإضافة إلى: D. Grillet - Ponceau، Essai sur le contrat innommé، طبع على الآلة الكاتبة، 1882، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 26 وما يليه، صفحة 36 وما يليها.

القسم I

معايير وصف العقد

62 - تظهر الاتفاقية في عملية وصف العقد كواقعة ولو كانت موضع إثبات وصف جزئي، مما أتاح تحديد طبيعة توافق الإرادتين وخاصياته العامة⁽¹⁾. وتبدو هذه الواقعة في مظهر مزدوج: إنها تتألف من عنصر أو عدة عناصر مُحَكِّمة وفقاً لبنة معينة.

الفقرة 1 - عناصر العقد

63 - يمكن الأخذ بداهة بعناصر ثلاثة: صفة الفريقين وشكل الاتفاقية وطبيعة الموجبات التي ينشئها العقد. وهذه المعايير يمكن أن تكون جمعية أو تجميعية حسب العقد الذي تمكن الفريقان من إبرامه أو أراده عقده.

ويعتبر المعياران الأولان، علما الاستثناء، عرضيين في حين أن الثالث ضروري ودائم.

صفة الفريقين وشكل العقد معياران عرضيان لوصف العقد لأنهما ينزعان إلى أهداف محددة تتجاوز وظيفة الوصف المحددة والمعمومة⁽²⁾. ويتعلق الأمر أحياناً بتأمين حماية خاصة لأحد المتعاقدين أو أحياناً، بصورة أكثر حياداً، إخضاع فئة من العقود لنظام قانوني خاص. ويمكن ربط هاتين الفرضيتين بالانتظام العام الذي يحد طبيعياً من حرية الفريقين، ذلك بأن نمو عدد العناصر المطلوبة لوصف العقد يقلص بالضرورة حصة الحرية المتروكة للمتعاقدتين، ولهذا السبب يلجأ المشرع أو القاضي إلى هذه العناصر العرضية للوصف.

وفي حال عدم وجود أوامر الانتظام العام هذه يؤخذ فقط بالموجبات التي ولدها توافق الإرادتين لوصف العقد. وهذا التحليل يترجم المفهوم الإرادوي للعقد المبني على مذهب سلطان الإرادة⁽³⁾. وبالفعل يملن هذا التحليل أهمية أكبر على إرادة الفريقين⁽⁴⁾ أكثر من وجود

(1) انظر الرقم 53 السابق.

(2) انظر الرقم 54 السابق وما يليه.

(3) انظر في شأن البداىء الموجبة للعقد، تكوين العقد، رقم 38 وما يليه.

(4) انظر على سبيل المثال التفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 أيار 1948، النشرة المدنية، I، رقم «

عناصر خارجية يمكن أن تعيقه، حتى ولو كان هناك توافق على اعتبار أن ما يفعله الفريقان يغلب على ما يفولانه⁽¹⁾. وبالتالي فإن العنصر الأساسي والضروري للوصف هو دائماً تكوين من طبيعة الموجبات التي ينشئها العقد. ولا شك في أن ثمة فائدة من بيان أن وجود عنصر عرضي هو كذلك لا غنى عنه كالعنصر الدائم لصفة العقد.

ومتفحص على التوالي العناصر العرضية والعناصر الدائمة لوصف العقد.

II - العناصر العرضية لوصف العقد

64 - يتعلق الأمر كما رأينا بصفة المتعاقدين وبشكل الاتفاقية.

1 - صفة المتعاقدين

65 - يمكن أن تكون صفة المتعاقدين عنصراً حاسماً في الوصف أو عنصراً غير مباشر وحسب.

يتعذر فهم بعض العقود إلا استناداً إلى صفة المتعاقدين. فعقد الاندماج في الزراعة مثل نموذجي بصورة خاصة للأهمية التي يمكن أن تكون لصفة المتعاقدين بالنسبة إلى الوصف.

وبمقتضى المادة 17 - 1 من قانون 6 تموز 1964: «تعتبر عقود اندماج جميع العقود أو الاتفاقات السبرمة بين منتج زراعي أو مجموعة متجين ومقاول صناعية أو تجارية أو عدة مقاولات...». وقد حكمت محكمة النقض، تطبيقاً لهذا النص، قبل قانون التوجيه الزراعي بتاريخ 4 تموز 1980⁽²⁾، بأن «الشركات التعاونية الزراعية تشكل... فئة خاصة متميزة عن الشركات المدنية التجارية، ولا يمكن أن يكون عقد اندماج موجوداً إلا بين منتج زراعي ومقاول صناعية أو تجارية، وقد أخذت محكمة الاستئناف عن وجه حق، بدون أن يكون عليها تحليل العقد المعني، بأن B. لا يمكن أن يكون مرتبطاً بالتعاونية الزراعية إلا V بعقد اندماج»⁽³⁾. وصفة «المنتج الزراعي»، بالطريقة عينها هي حاسمة. وهكذا تحكم بأن تاجر

= 442، صفحة 473 - الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 نيسان 1948، الشرة المدنية، I رقم 111، صفحة 347.

(1) انظر بومات الكتابة المدل، الجدول التحليلي والهجائي، 1808 - 1865، 7 تفسير الانشائيات، رقم 5. أضيف إلى ذلك الرقم 119 اللاحق.

(2) أضافت المادة 8 - III، من قانون 4 تموز 1960 المادة 18 مكرر على قانون 1964 وبمقتضاها «لا تنظم أحكام هذا الباب العلاقات بين التعاونيات الزراعية وإعاقاتها»، وهي تتعلق بمقود الاندماج. على أن ثمة استثناء. فعندما لا يكون المنتج منضمّاً إلى تعاونية زراعية بإمكان هذه التعاونية إبرام عقد اندماج خاضع لأحكام قانون 1964.

(3) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 نيسان 1978، مصنف الاجتهادات الدوري، II، 1979، G.J. Viressamy، Les contrats de dépendance، Essai sur les Ruvault. انظر أيضاً J. Ruva، activité professionnelle exercée dans une dépendance économique L.G.D.J.، Paris، 19031.

مواشي لا يمكن أن يعاثر ينتج زراعي⁽¹⁾، بسبب صفته كتاجر، غير أن مربّي المواشي يعاثر
بمنتج زراعي⁽²⁾. إن صفة المتعاقدين تحدد وصف العقد، سلباً على الأقل، لأنها يمكن أن
تشكل عائقاً أمام إبرام عقد محدد مع أن الفريقين قد أراداه⁽³⁾.

وعقد النقل هو مثال آخر على تأثير صفة المتعاقّد على طبيعة العقد. والناقل البرّي عليه
أن يجعل النقل مهنة⁽⁴⁾. وغياب هذا العنصر الذي يساهم في تعريف عقد النقل يؤدي إلى
وصف آخر⁽⁵⁾ ويُخضع الناقل لنظام مسؤولية مختلف⁽⁶⁾.

ولصفة المتعاقّد في بعض الفرضيات تأثير غير مباشر في وصف العقد. إن لها تأثيراً
غير مباشر وحسب. فبعض الشركات مثلاً هي تجارية في شكلها⁽⁷⁾. وينتج عن ذلك أن
العقود التي تبرمها هي دائماً عقود تجارية تخضع بالضرورة لقواعد تجارية. فالبيع الذي

= 1986، مقدمة J. Ghestin، رقم 15 ورقم 16، صفحة 23 وما يليها.

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض 14 آذار 1979، مصنف الاجتهادات الدوري، II، 19271،
ملاحظة J. Prévaut؛ النشرة المدنية، I، رقم 90، صفحة 75 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض،
أول تشرين الأول 1980، Dalloz، 1981، الصفحة 108 من التقرير؛ مجلة قصر العدل، 21 كانون الثاني
1981. أضف إلى ذلك: الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 تشرين الثاني 1979، Dalloz،
1980، الصفحة 269 من التقرير.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 أيار 1987، النشرة المدنية، I، رقم 153، صفحة 119 حكم
صدر استناداً إلى المادة 17 - 1 من قانون 6 تموز 1984 في صياغتها السابقة لقانون 4 تموز 1980. والمادة
8 من قانون الترجيح الزراعي المذكورة سابقاً تنص على قرينة الانساج في ما يتعلق بعقود تربية المواشي، انظر
موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧٧ عقد الاندماج في الزراعة، تأليف J. Prévaut،
1981.

(3) قارن بين التجار وضع شرط تحكيمي استناداً إلى المادة 2061 من القانون المدني. وقد روي أنه ينتج عن
التسليم بين المادة 2061 من القانون المدني والمادة 631 من القانون التجاري أن شرط تحكيم داخل في
عقد تجاري في قسم منه ومدني في قسمه الآخر باطل بالنسبة إلى القسمين (الغرفة المدنية الثانية في محكمة
النقض، 5 أيار 1982، النشرة المدنية، II، رقم 69، صفحة 49). وهذا البطلان غير قابل لأي تأكيد أو
عدول. إنه مطلق إذا وما عاقب التكرار لانتظام العام للإدارة. وصفة الفريقين تشكل بالتالي عقبة أمام إبرام
الشرط التحكيمي.

(4) 1980، رقم 132، انظر أيضاً موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧٧ عقد النقل،
تأليف Ph. Le Tourneau، 1984، رقم 1 ورقم 12، الأخذ بأن عقد النقل عندما لا يقوم به مهني يرتدي
صفة عقد مقالة.

(5) انظر: D. Graillet - Ponton، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 79 وما يليه، صفحة 89، بالنسبة إلى الوصف
غير المسمى. انظر مع ذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 تشرين الأول 1972، مصنف
الاجتهادات الدوري، 1973، II، 17325، ملاحظة R. Rodière. وقد نقضت محكمة النقض في هذه
القضية حكماً أحميل لرقابته بحجة أن محكمة الاستئناف لم تثبت من أن الناقل تعهد بالاضطلاع تجاه
المسافرين بعوجبات الناقل. ولم يتم الاستناد إلى صفة الناقل المهنية.

(6) R. Rodière et B. Mercadal، المرجع عنه، والاستشهاد ذاته.

(7) يتعلق الأمر بشركات تضامن، وشركات توصية بسيطة، وشركات محدودة المسؤولية وشركات مساهمة (المادة
الأولى من القانون رقم 66 - 537 بتاريخ 24 تموز 1966).

تجريه شركة مساهمة هو دائماً، بالنسبة إليها، بيع تجاري، ويخضع بالتالي لقواعد إثبات تنوس العلاقات بين التجار. واحد مظاهر وصف العقد يتوقف إذاً على صفة المتعاقد. والأمر لا يتعلق في الحقيقة إلا بنظام العقد الذي يخضع لتأثير وصف أحد الفريقين ذلك بأن وصف العقد بالمعنى الضيق «عقد بيع» يتوقف بصورة أكبر على محتوى العقد، أي على اجتماع العناصر الموضوعية لنموذج «البيع». على أن وصف البيع التجاري يدللاً من البيع المدني له حسنة تحديد النظام القانوني المطبق على العقد. وبهذا المعنى يمكن أن يكون لصفة المتعاقد تأثير غير مباشر في وصف العقد.

وصفة أحد الفريقين أخيراً تعتبر أحياناً كقرينة. وهكذا جرى الحكم بأن «مقاولة حفلات مسرحية أو وكلاء فنياً، مهمته العمل على توظيف الفنان، لا يتصرف كوكيل له وإنما بصفته وسيطاً وهو نتيجة ذلك ملزم بالتعهدات التي اضطلع بها تجاه الغير»⁽¹⁾. وبتعبير آخر تحمل صفة الوكيل الفني على افتراض وصف العقد.

66 - صفة الفريقين ليست معياراً للوصف إلا استثنائياً.

إن صفة المصروف أو المؤسسة المالية في البيع في صورة إيجار لا تحدد وصف العقد⁽²⁾، حتى ولو كان القانون يخضع مقاولات البيع في صورة إيجار لنظام أمر (المادة 2 من القانون رقم 66 - 455، 2 تموز 1966، المعدلة).

والأمر على هذا النحو في شأن العقود التي تؤخذ فيها الصفة المهنية لأحد الفريقين في الاعتبار. ونتيجة هذه الصفة، كقاعدة عامة⁽³⁾، تعزيز المحتوى الموضوعي للعقد بدون أن

(1) النقص التجاري في 21 أيار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 173، صفحة 125.

(2) النقص التجاري في 20 شباط 1973، النشرة المدنية IV رقم 85، صفحة 174 مصنف الاجتهادات اللوري، 1974، II، 17754، ملاحظة E. M. Bey، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1974، ملاحظة Hemard. على أن الحكم ليس نموذجياً ذلك بأنه يكتب بيني الوصف الذي اعتمدته محكمة الاستئناف الذي تمسكت فقط بعقد يتسوي التعريف الذي أعطته المادة الأولى من القانون. والصفة التي جرى اعتبارها هي بالأحرى لصالح الأخذ في الاعتبار صفة البائع في صورة إيجار في تعريف البيع في صورة إيجار، وذلك في عرف السيد Bey الصفة المعتمدة في البيع في صورة إيجار. - النقص التجاري في 15 كانون الأول 1975، 1975 Dailor، 407 ملاحظة Lucas De Loyssac. وهذا الحكم، الواضح على وجه الخصوص، يورد أن محكمة الاستئناف أخذت من وجه حق بأن المقاولات جميعاً التي تمارس البيع في صورة إيجار في شأن التجهيز والمعدات واللوازم، حتى ولو لم تكن خاضعة لأحكام المادة 2 من قانون 2 تموز 1966، ملزمة بإنجاز معاملات عالية المصنوع عليها في المادة 1 - 3 من القانون المذكور والمحددة في مرسوم 4 تموز 1972. وقد لاحظ المعلق على الحكم أن الموضوع الذي تناوله المسألة هو المتصر الأساسي للوصف (رقم 2، صفحة 409). وهو في الواقع موجب تأخير مال تجهيز أو معدات ولوازم. أضاف إلى ذلك: «Lamy droit économique, concurrence, distribution, consommation» في 1988، رقم 5933. غير أن من أي شخص، غير مؤسسة الائتمان، بصفة اعتبارية، بأعمال البيع في صورة إيجار يعاقب بالبطان، انظر النقص التجاري في 19 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 347، صفحة 1241، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 381، ملاحظة J. Mestre.

(3) انظر على سبيل المثال، في ما يتعلق بعدم تأثير صفة تاجر الأموال في وصف العقد المبرم بين البائع =

يكون له تأثير في وصفه⁽¹⁾. وصفه البائع المهنية في البيع لها فقط مفعول تغايم موجب الضمان بمنع الإعفاء من الضمان القانوني على وجه الخصوص⁽²⁾. وبالعكس يمكن أن يكون للصفة عينها المنظور إليها من جانب الشاري، على الأقل عندما يتعلق الأمر بمهني له اختصاص البائع ذاته، نتيجة إتاحة تلطيف موجبات البائع اتفاقاً⁽³⁾. على أن العقد يبقى دائماً عقد بيع. وليس لصفة المهني من تأثير على الموجبات التابعة الملزمة للمتعاقد. والحال إن هذه الموجبات لا تعتبر لجهة وصف العقد⁽⁴⁾.

إن مصدر غياب تأثير صفة الفريقين في وصف العقد هو القطعية التاريخية لمدونة القانون المدني مع المقارنة، مما يفسر أن معظم العقود الخاصة تتميز بمحتواها بغض النظر عن صفة المتعاقدين⁽⁵⁾.

على أن صفة الفريقين تنزع اليوم إلى اتخاذ منزلة لا يستهان بها في تحديد الموجبات الملزم بها من هو أهل للحق بالاستقلال عن وصف العقد عندما يكون موجداً. وهكذا يجعل التوجيه المجموعي بتاريخ 25 تموز 1985، في شأن مسؤولية فعل المتنتوجات المشبوبة بالبعب، وصف العقد الذي اكتسب بموجبه المستهلك استعمال الشيء بدون فائدة، طالما أنه يستبعد أي فارق بين الضحايا حسبما يكونون قد اكتسبوا استعمال المتنتوج بموجب عقد أم

= والشاري، النقض التجاري في 18 كانون الأول 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 249، صفحة 216.
(1) غير أن محكمة النقض تأخذ بصفة زبون مؤجر خيول للفريقين بين مجرد عقد تأجير الحيوان وعقد نزعة الغروسية مما له تأثيره في نظام المسؤولية. انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 آذار 1986، النشرة المدنية، I، رقم 64، صفحة 161 المجلة الفصلية للقانون المدني 1986، صفحة 608، رقم 3، ملاحظة Ph. Rémy - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 آذار 1985، النشرة المدنية، I، رقم 111، صفحة 102. عندما يتوجه المقال إلى زبائنه الذين يمكن أن يجهلوا كل شيء عن الغروسية، يكون ملزماً ببعض الموجبات الأمرة، كموجب الاحتفاظ بسرعة القدم في خط واحد مع الخيول، ومبدأ قول المخاطر أجنبي عن العقد. وعندما يكون الزبون غيلاً متمكناً يؤخذ بالحمل المعاكس تماماً، وتظهر صفة الزبون حاسمة بالنسبة إلى وصف عقد مقارلة الخيول استناداً إلى وصف تأجير الخيول، على اعتبار أن كلا من هاتين الصفتين غير مسمى ولا يربط القاضي كلا من هذين العقدتين بنفثة النقل (بهذا المعنى P. Rémy المذكور سابقاً).

(2) L.G.D.J., 1983, J. Ghestin, Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers) 252 وما يليه، صفحة 240 وما يليها - J. Huet, Contrats civils et commerciaux, Responsabilité du vendeur, et garanties contre les vices cachés, Litec 1987، رقم 491 وما يليه، صفحة 335 وما يليها - J. Ghestin et B. Desché, La vente 848 وما يليه - انظر أيضاً حول تأثير صفة المستهلك في صحة بعض الشروط المصنفة بأنها غير مألوفة، ثلاثي العقد.

(3) بالمقابل آيد حكم حديث أن البائع المهني لا يمكن أن يكون جاعلاً عيوب الشيء المباع. حتى إلى مهني آخر. ولا أهمية، في هذه الحالات، لصفة الشاري في ما يتعلق بتحديد موجبات البائع طالما أن قرينة معرفة البائع العيب لا تتوقف على صفة شريكه في التعاقد، النقض التجاري في 27 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، IV، ثم 367، صفحة 253.

(4) انظر الرقم 79 لاحق وما يليه، ولا سيما الرقم 83.

(5) انظر الرقم 79 لاحق وما يليه، ولا سيما الرقم 83. D. Grillet - Ponton, Essai sur le contrat innommé 1982، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 76، صفحة 88.

لا⁽¹⁾. وموجب المنتج بالتعويض عن النتائج المضرة للمنتوج الذي لم يتوفر فيه الأمن الذي يمكن أن يُنتظر منه شرعاً لا ينجم عن العقد أو عن نموذج عقد خاص وإنما عن صفته وحسب.

يضاف إلى ذلك أن أحد المؤلفين، على صعيد قريب من تقديم الخدمات، أبدى الرأي الذي يمجبه لا يكون الاتفاق بين مهني وزبونه منتجاً موجبات في الحقيقة⁽²⁾. «وإذا كان الطبيب أو الكاتب العدل الخ... غير ملزم ببعض الموجبات فليس ذلك استناداً إلى العقد وإنما بصفته مهنياً⁽³⁾». ولن يكون بالتالي مصدر الموجبات المهنية في العقد وإنما في صفة مقدم الخدمة. ووصف العقد في هذه الرؤية هو بدون فائدة حقيقية. ويهدف اقتراح توجيهي لمجلس المجموعة الاقتصادية الأوروبية بتاريخ 20 كانون الأول 1990 إلى إخضاع مسؤولية مقدمي الخدمات جميعاً لنظام وحيد.

إن نظام من هم أهل للحق في الحياة القانونية يتزع إلى أن يعتبر العقد مصدر موجبات، وإلى أن يُفرغ وصف الاتفاقية من موضوعه، ذلك بأن النظام القانوني المطبق لا ينبثق على الإطلاق في الحقيقة عن توافق الإرادتين، وإنما عن الاعتراف بنظام ما وهذا التطور يترجم عملياً تراجع الفردانية التي كانت تميز بنظرية العقد في القرن التاسع عشر. وتراجع العقد هذا، وفي الوقت عينه فائدة وصفه، سرعهما تأثير التوجهات المجموعية⁽⁴⁾.

يضاف إلى ذلك، إلى جانب صفة الفريقين، إن شكل العقد يقوم أحياناً بدور في الوصف.

(1) J. Ghestin, La directive communautaire et son introduction en droit français, in Sécurité des 1986 7 و 6 نشرين الثاني 1986 consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux التي نظمها مركز القانون والموجبات في باريس I صفحة 113, L.G.D.J., 1987, Y. Markovits, La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J., 1990, مقدمة J. Ghestin, رقم 244.

(2) P. Serloteau, Vers une responsabilité professionnelle, Mélanges Hébraud, 1981, رقم 13, صفحة 817. أخف إلى ذلك في ما يتعلق «القانون المعني المهني» G. Ripert, Ebauche d'un droit civil professionnel, دراسات Dalloz, موسوعة 677 - صفحة A. Tunc, Ebauche du droit des contrats, professionnels, دراسات Ripert, 1950, الجزء II, صفحة 136 - L. Husson, Nouvelles études sur la pensée juridique, موسوعة Dalloz, 1974, الطراسة الخاصة T. Ivainer, Le contrat moderne face à la prolifération des professions, professionnelles et le droit «statuts de personnes» مصنف الاجتهادات الدوري, 1977, I, 2876. وكذلك Ripert et Boulanger, Sûretés réelles, publicité foncière, الجزء III, Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol, 1958, L.G.D.J., رقم 1287, صفحة 439. وهما يلاحظان ما يلي: «لم يشأ واضعو مدونة القانون المدني نيل فكرة قانون مهني، غير أن مفاهيمنا المعاصرة تقودنا إلى هذا الفكر».

(3) J. Ghestin, L'influence des directives communautaires sur le droit français de la responsabilité, (Mélanges Lorenz, 1991; et le droit de la responsabilité à l'épreuve du droit communautaire, Nanterre, 1991).

ب - شكل العقد

67 - نادراً ما يكون شكل العقد عنصراً في وصفه.

عُزِّدَت التوافقية القانونيين على اعتبار شكل العقد، وعلى وجه الخصوص تحرير مستند خطي، مجرد تطلب صالح للإثبات، بدون تأثير في الوصف⁽¹⁾. ولطبيعة الموجبات المنصوص عليها أهمية أكبر من أهمية الشكل المعتمد.

إن هذا المبدأ يبقى صحيحاً حتى عندما يكون تنظيم الانتظام العام مطبقاً في العقد. وهكذا حكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض، في 27 تشرين الثاني 1985⁽²⁾، بأنه يعود لقضاء الأساس، حتى في حال غياب عقد خطي، إلهام رأيهم حول جميع الموجبات التي يدعي مرتبي المواشي أنه ملزم بها تجاه شركة التوزيع والتي يمكن أن يكون اجتماعها من شأنه تمييز وجود عقد اندماج. وليس شكل العقد «المفهوم وفقاً للمستند الخطي الذي يشته، عنصر وصف. والأمر على هذا النحو في شأن تطبيق نظام الإيجارات التجارية: «لا يخضع تطبيق مرسوم 30 أيلول 1953 لوجود إيجار خطي»⁽³⁾.

وعقد الاندماج، في مجال الزراعة الخاص، تتميز باجتماع معيارين. ينبغي أن يكون لأحد الفريقين صفة «متج زراعي»، وللفريق الآخر صفة «مقاول صناعي أو تجاري»⁽⁴⁾، وأن يتضمن العقد تقديمات متبادلة بين الفريقين⁽⁵⁾. وهكذا يقوم الوصف عن طريق اجتماع هذين العنصرين: صفة الفريقين وطبيعة الموجبات الناشئة عن العقد باستثناء شكله. ومن السموح به التفكير في أن المشتري لم يفرض شكلاً خاصاً ضرورياً للوصف لأن تطلباً كهذا كان حصوله لا طائل تحته للوصول إلى النتيجة المتوخاة وهي حماية المزارعين ومرتبي المواشي.

(1) انظر على سبيل المثال، بالنسبة إلى المستند الخطي المنصوص عليه في المادة 2044 من القانون المدني، في مادة المصالحة، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 آذار 1985، النشرة المدنية، I، رقم 74، صفحة 71 - وانظر في ما يتعلق بعقد التأمين، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 أيار 1990، Dalloz، 1990، الصفحة 147 من التقرير؛ النشرة المدنية I رقم 109، صفحة 79.

(2) النشرة المدنية، I، صفحة 286، صدر حكم النقض استناداً إلى المادة 17 - 1 مكرر من القانون رقم 64 - 678 بتاريخ 6 تموز 1964.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 شباط 1985، النشرة المدنية، III، رقم 29، صفحة 21.

(4) انظر الرقم 65 السابق.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I رقم 24، صفحة 16، حكم صدر في ظل قانون 6 تموز 1964. والمعيار المستخرج من تبادل الموجبات ينزع مع ذلك إلى أن يكون مستمداً لصالح معيار التبعة الاقتصادية لمربي المواشي (انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 شباط 1992، مصنف الاجتهادات النوري، 1992، I، 3591، التعليق 1 - 4، ملاحظة G. Virassamy)، وهذا الحكم يأخذ صراحة بأن المحكمة في غياب «الموجبات المتبادلة بمعنى المادة 17 - 1 من قانون 6 تموز 1964 استنتجت من ذلك بصواب أن علاقتهم لا تتميز عقد اندماج بقطع النظر عن سبب التسوية المستخرج من إسناد إلى التبعة الاقتصادية للمربي بالنسبة إلى الصناعي والذي لا أثر له في ما يتعلق بتزاع غير خاضع لقانون 4 تموز 1960. انظر حول معيار التبعة الاقتصادية، G. Virassamy، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 23 وما يليه، صفحة 28 وما يليها.

68 - على أن شكل العقد هو أحياناً شرط لصحته أو عنصر في وصفه وحسب، مما يستدعي بالتالي أن لا يكون اتفاق الإرادتين مجرداً من أي مدى.

يؤدي عدم إنصاف الأشكال، المطلوبة استثنائياً ومراسماً من قبل المشرع، إلى بطلان العقد⁽¹⁾. فالشكل المفروض، وهو في الغالب تحرير مستند خطي، هو إذاً شرط لصحة توافق الإرادتين. ولقدّم بهم أن يكون الفريقان المتعاقدان قد أرادا إبرام عقد محدد كهذا، كبيع أو وكالة وكيل أعمال، إذا لم يكونا، في الحالة الأولى، قد نظما عقداً رسمياً⁽²⁾ وفي الحالة الثانية أن يكونا قد وضعوا مستنداً خطياً يتجاوب مع متطلبات قانون 2 كانون الثاني 1970 ومرسومه التطبيقي بتاريخ 20 تموز 1972⁽³⁾.

إن وصف العقد والتثبت من عدم إنجاز الأشكال، في هذه الأوضاع، يقودان القاضي إلى إعلان البطلان لأن المتعاقدين لم يتقيدا، إرادياً أم لا، بتطلبات الشكل المفروض بموجب القانون بشكل آمر. وتوافق الإرادتين إذاً مجرد من أي مغفول⁽⁴⁾.

ولا يتدخل شكل العقد، في فرضيات أخرى، إلا بصفة تكميلية⁽⁵⁾ أي أن الوصف يتوقف جزئياً على الشكل الذي اعتمده الفريقان، وعدم إنجاز الشكل لا يعاقب بالبطلان وإنما بعدم أهلية وصف العقد. وبالتالي فإن الاستفادة من نظام قانوني محدد، إرادته الفريقان، طالما أنهما توخيا إبرام عقد محدد كهذا، هي وحدها التي يمكن أن تعطى للمتعاقدين. وهذه هي مثلاً حال عقد وكيل تجاري⁽⁶⁾.

(1) انظر تكوين العقد رقم 437 وما يليه.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 432، بالإضافة إلى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 آذار 1986، النشرة المدنية، أ، رقم 61، صفحة 58، بالنسبة إلى الهيئة في قسمة التركة.

(3) انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، 1، رقم 246، صفحة 237 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، أ، رقم 22، صفحة 15 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، أ، رقم 63، صفحة 16. إلا أن هذه التطلبات في الشكل لا تطبق على الوكيل من الباطن ما دام أن الوكالة الأولية صحيحة، انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، 1، رقم 240، صفحة 226 - هكذا حدد الاجتهاد بدقة أن صفة الفريقين - السهنيين في العفارات - بدون تأثير في موجب تنظيم مستند خطي، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1981، النشرة المدنية، 1، رقم 351، صفحة 230.

(4) ليس بإمكان الوكيل العقاري الذي أبطل عقده حتى أن يطلع إلى تعريض عن أخطائه ومصروفاته، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، 1، رقم 234، صفحة 223. كان الأمر يسلط في هذا القضية بعدد قابل للتجديد إلى ما لانهاية له عن طريق التجديد القضائي. وفي الاتجاه عكس الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 تموز 1988، النشرة المدنية، أ، رقم 241، صفحة 168. ينبغي أن يكون الحل معاكساً عندما لا يكون المستند الخطي موجوداً - أضف إلى ذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 كانون الأول 1987، مجلة قصر العدل، 1988، الصفحة 37 من الموجز، بالنسبة إلى بطلان تعهد قليل لا يتقيد بتطلبات المادتين 1326 و 2015 من القانون المدني.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 455.

(6) انظر Lamy droit économique, concurrence, distribution, consommation, 1988، رقم 3111 وما يليه، =

ويمكن أن يكون الشكل التكميلي إذن إدارياً⁽¹⁾.
وهكذا نرى أن شكل العقد - كما صفة المتعاقدين - هو استثنائياً معيار وصف العقد.
يفي إذا التساؤل حول العنصر الأساسي للوصف.

II - العنصر الضروري والدائم لوصف العقد

69 - يركز وصف العقد بصورة خاصة على تفريد الموجبات التي يولدها وعلى البحث عن الموجبات الجوهرية منها⁽²⁾، ذلك بأن صفة الفريقتين وشكل العقد هما كما سبق أن رأينا معبران على وجه العموم عناصر طارئة للوصف.
وينبغي أيضاً التساؤل حول تأثير الإرادة في تحديد الموجبات الناشئة عن العقد، أي تدفع دور الإرادة في تحديد أركان العقد المأخوذ بها بصفة وصف.

أ - الموجبات الجوهرية بالنسبة إلى الوصف:

70 - الضيق الضروري بين الموجبات الأصلية والموجبات التابعة.

يشيء العقد في الغالب عدة موجبات لكل منها أهمية معينة، حتى أنه يمكن أن تبدو موضوعياً متكافئة في نظر المتعاقدين، غير أنه من غير الممكن أخذها جميعاً في الاعتبار بوضعها على قدم المساواة، فيؤدي ذلك في الواقع، عملياً، إلى تشتت التصنيفات وبالتالي إلى تفريغ الوصف من موضوعه.

وقد سبق أن لاحظنا أن الفريقتين بإمكانهما دائماً شخصة اتفاقيتهما، حتى عندما يحدد القانون طبيعة العقد، وأنه ينبغي عدم الخلط بين العقد الخاص والعقد الفردي الذي يتمثل فيه بعض الخصائص⁽³⁾. ولا يمكن أن يرتبط وصف العقد بهذه الخصائص، على الأقل عندما تكون بلا مفعول في بنية العقد⁽⁴⁾.

يقتضي إذا الانتقاء بين موجبات مختلفة ناشئة عن العقد وعدم الأخذ إلا ببعض منها بالنسبة إلى الوصف. إن عناصر الوصف ستكون بشكل ملموس في عدد محدود. ولهذه الغاية يجري التفريق بين الموجبات الأصلية والموجبات التابعة، والأولى وحدها تحدد وصف العقد⁽⁵⁾.

= بالإشارة إلى التخص التجاري في 17 شباط 1967، النشرة المدنية، IV، رقم 43، صفحة 32.

(1) انظر بالنسبة إلى التصديق على عقد عمل يمنع وصف عقد «استخدام وتأهيل» ما ينتج عنه وصف القانون العام «العقد العمل لمدة غير محددة»، مجلس العمل التحكيمي في Saintes، 29 حزيران 1983، مجلة قصر العدل، 23 شباط 1984.

(2) يتكلم السيدان Malaurie و Aynès على «موجب مميز»، مستبعدين كقاعدة عامة المرجح النقدي في Les contrats spéciales، رقم 11.

(3) Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 1.

(4) انظر الرقم 105.

(5) انظر: B. Gross، La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats، أطروحة في نانسي، =

1) الموجبات الأصلية:

71 - يجب في أول الأمر التصدي للسلطات التي تحدد مرجيات العقد الأصلية. وسنرى بعد ذلك أن طبيعة الموجبات الأصلية تشرط طبيعة العقد القانونية. وسنبين أخيراً أن غياب موجب أصلي ضروري لوصف محدد لا يؤدي بالضرورة إلى البطلان؛ إنها مسألة التحويل عن طريق تقليص الأعمال القانونية.

أ - السلطات المزودة بسلطة تحديد الموجبات الأصلية:

72 - لا يكفي التأكيد بأنه توجد في كل عقد خاص موجبات أصلية، ينبغي أن تكون هذه الموجبات محددة بدقة وإلا كان الوصف مستحيلاً. ويحدد المشرع عموماً الموجبات التي يعتبرها جوهرية. وفي هذه الحالة، إذا وضعنا مسألة تفسير القانون جانباً، نلاحظ أن دور القاضي يتركز على البحث عما إذا كانت الموجبات الجوهرية قد ألزمت بها الفريقان لاستنتاج وصف العقد فيها. بيد أن العقود الخاصة جميعاً ليست منظمة. فإمكان القاضي، عند ذلك، باستخدام سلطته الأمرة، تحديد الموجبات الأصلية، فهو يعترف إذاً بوجود فئة قانونية جديدة مما يتبع وصف العقد.

73 - يحدد القانون عموماً الموجبات الأصلية بدقة:

نجد التحديد المسبق للموجبات الجوهرية للاتفاقية في عقود عديدة، العقود المسماة في الواقع⁽¹⁾. ويتميز معظم هذه العقود بموجبات معينة ناشئة عن العقد. فعلى الشاري، في البيع مثلاً، موجب دفع الثمن المتفق عليه وعلى البائع تسليم الشيء (المادة 1582 الفقرة

1962، L.G.D.J.، 1964، مقدمة D. Tallon، رقم 44. وفي عرف المؤلف: ثمة نوعان من العقود، في معظم العقود، يمكن التفريق بينهما: من جهة أولى الموجبات الأصلية التي هي من جوهر العقد ذاته، ومن جهة ثانية الموجبات التابعة التي هي من طبيعة الاتفاقية وحسب. فالأولى لا غنى عنها لوصف العقد، والثانية هي، مع إنها مندمجة في الاتفاقية الأصلية، بدون تأثير في الوصف. G. Goubeaux، La règle de l'accusoir en droit privé، أطروحة في نانسي، 1968 L.G.D.J.، مقدمة D. Tallon، رقم 147، صفحة 219. انظر أيضاً: Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 11.

(1) انظر على سبيل المثال النقص التجاري، 17 شباط 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 88؛ المجلة التجارية للقانون التجاري، 1982، صفحة 300، رقم 8؛ مجلة قصر العدل، 1981، II، بانوراما رقم 245، إيراد أنه (ينجم عن المادة 1915 من القانون المدني إن عبء رد الشيء المسلم عبئاً عنصراً جوهرياً في عقد الإبداع). انظر في ما يتعلق بالأركان المكونة لعقد الشركة، على وجه خاص نية المشاركة *offectio societatis* والإسهام في الأرباح والخسائر، الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 تشرين الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 323، صفحة 286 (شركة واقعية بين الزوجين)؛ الفقرة المدنية الأولى، 11 حزيران 1985، النشرة المدنية، I، رقم 191، صفحة 172 (شركة واقعية بين أطباء)، وكذلك: النقض التجاري في 3 حزيران 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 116، صفحة 98 - النقض الاجتماعي في 18 آذار 1986، النشرة المدنية، V، رقم 92، صفحة 71 (تعريف المصالحة تجاه المادة 2044 من القانون المدني).

الأولى من القانون المدني⁽¹⁾.

وتعرّف المادة الأولى¹ من قانون 2 تموز 1966 البيع في صورة إيجار في شأن المنقول كعملية إيجار مال تجهيز أو معدات ولوازم تم شراؤها من أجل هذا الإيجار من قبل مقاولات تبقى مالكة لها عندما تعطي هذه العملية، أيّاً كان وصفها، المستأجر إمكانية اكتساب ملكية المال المؤجر ضمن بعض الشروط. وفي هذه الاتفاقية المعقدة توجد عدة موجبات جوهرية على عاتق بعض الفرقاء. وهذه الموجبات يجب أن تجتمع كلها لكي ترتدي الاتفاقية صفة البيع في صورة إيجار، وهكذا حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض بأن الإيجار من الباطن الذي أجراه المستأجر إلى شخص ثالث يمكن اعتباره عقد بيع في صورة إيجار، ذلك بأن المستأجر لم يكن مالكاً للمال الذي يعطيه في شكل إيجار من الباطن، حتى ولو كان على المستأجر من الباطن القيام بموجبات المستأجر في بيع في صورة إيجار⁽²⁾. وأحد هذه الموجبات الجوهرية الملازم لعقد البيع في صورة إيجار كان غير موجود، مما نتج عنه أن محكمة الاستئناف لم يكن في إمكانها وصف العقد من جديد، مع أن الفريقين وصفاه على وجه صحيح.

74 - يساهم الاجتهاد في تحليل الموجبات الأصلية.

إن ذلك بشكل أساسي هو في صدد العقود التي لا تعددها القوانين والأنظمة، أي العقود غير المسماة بالمعنى الحصري، وعلى الاجتهاد أن يحدد أحياناً لموجبات الجوهرية للاتفاقيات التي أعطتها الممارسة وحدها اسماً ما.

وقد حددت محكمة النقض، على سبيل المثال، خاصيات العقد المسمى «عقد ضمان» لدى أول طلب³. وهكذا أعطت الغرفة التجارية تعريفاً لهذه الاتفاقية مبينة من ذلك طبيعة الموجبات الأصلية. فحكمت في 2 شباط 1988 «بأن العقد الذي يتعهد المصرف بمقتضاه بأن يقوم، بناءً على طلب الأمر بالسحب، بدفع مبلغ في حدود قيمة متفق عليها، بدون أن يكون بإمكان المؤسسة المالية تأجيل الدفع أو التذرع بمعارضة أيّاً كانت الحجة، هو عقد ضمان مستقل»⁽³⁾.

كما أن محكمة النقض، باستخدام سلطتها المؤكدة، عزّفت عقد وكالة لمنفعة مشتركة⁽⁴⁾، وربطته بنظام قانوني خاص في ما يتعلق بالعدول عنه⁽⁵⁾.

(1) انظر: J. Ghestin et B. Deschê, La vente.

(2) الغض التجاري في 14 أيار 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 149، صفحة 127. والغض التجاري في 21 أيار 1979، Dalloz، 1980، صفحة 611، ملاحظة Cl. Lucas de Leyssac.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 55، صفحة 39.

(4) انظر: J. Ghestin, Le mandat d'intérêt commun, in Mélanges Derruppié, Litac, 1991، صفحة 104 وما يليها، ولا سيما الأرقام 6 إلى 9، والرقم 251 اللاحق وما يليه - وكذلك الغض التجاري في 17 أيار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 157، صفحة 105.

(5) الغرة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول تموز 1986، النشرة المدنية، I رقم 186، صفحة 184.

إن الفقه من ناحيته لا يصدر إلا اقتراحات يكرسها الاجتهاد أحياناً⁽¹⁾. فقد ميز المؤلفون، في قانون التوزيع مثلاً، بين عقد الامتياز وعقد التوزيع الموافق عليه والمسمى كذلك عقد الموافقة. وما يفرق الأول عن الثاني هو وجود حصصية متبادلة⁽²⁾. وقد أخذ الاجتهاد بهذا المعيار للتفريق بين هذين المعيارين⁽³⁾.

75 - تطور قانون العقود الخاصة بقود أحياناً إلى إعادة النظر في الموجبات المعتبرة في أول الأمر جوهرية لوصف عقد محدد.

الوكالة، حسب المادة 1984 من القانون المدني، عقد يعطي بموجبه أحد الأشخاص شخصاً آخر سلطة فعل شيء لمصلحة الموكل وباسمه. وقد جرى الحكم بأن العمل الذي يولي مجرد سلطة إنجاز أعمال مادية، بدون إمكانية التمثيل، ليس وكالة⁽⁴⁾. والموجبات التي يضطلع بها الفريقان لا تناظر الموجبات التي يحددها القانون لتمييز طراز الإسناد. على أن عدة أحكام نظامية وصفت أشخاصاً ليست لهم بالضرورة، ولا بشكل سوي، سلطة إنجاز أعمال قانونية إذ إن تدخلهم ينحصر في المفاوضة في شأن العقد باستثناء إيرامه. والأمر على هذا النحو بصورة خاصة بالنسبة إلى الوكلاء العامين للتأمين والوكلاء التجاريين ووكلاء الأعمال⁽⁶⁾.

76 - يمكن أن يكون الموجب الجوهري نابعاً بشكل وثيق طبيعة الموضوع المادي للعقد، أي موضوع التقليم الموعود به.

هذا الموضوع هو إذا مؤثر بتجديد وصف العقد.

وعلى الوصف «حلي الأسرة»، وبالتالي على الموضوع المادي يتوقف وصف العقد الذي بموجبه تسلم الأشياء الثمينة. فإذا تم قبول الوصف الأول، فإن الأمر يتعلق بعارية استعمال وليس بهدية مألوفة⁽⁶⁾، وقد جرى الحكم بأن وصف حلي الأسرة، في حال عدم وجود ظروف خاصة، يمكن أن يملأ التسليم إلى الزوجة أو زوجة الابن، يفرض وجود عارية

(1) انظر في شأن العلاقة الموجودة بين الفقه والاجتهاد F. Zenati, La jurisprudence, موسوعة Dalloz, 1991, صفحة 245 وما يليها.

(2) Ph. Le Tournieu, معصف الاجتهاد التجاري، عقود التوزيع، الكرامة 520، 2، 1988، رقم 80. G. Virassamy, Les contrats de dépendance، أطروحة منشورة في L.G.D.J.، باريس، 1988، مقدمة J. Ghestin، رقم 52.

(3) القضاء التجاري في 9 شباط 1976، معصف الاجتهادات الدوري، 1976، II، 18598، التعليق J.H.

(4) الغرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 شباط 1968، 1968، صفحة 393.

(5) انظر J. Ghestin, Représentation et mandat civil et commercial, in Mélanges Kitagawa, 1991، بالإضافة إلى الرقم 670 وما يليه.

(6) انظر في مدد تعريف الهبة المألوفة، الغرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الأول 1988، النشرة المدنية I، رقم 347، صفحة 236.

استعمال تسوّغ ردّ الأشياء في نهاية الحياة المشتركة⁽¹⁾. ووصف الموضوع المادي، أي الشيء الذي يشكل مادة العقد، يتيح تحديد الموجب الأصلي الذي يتوقف عليه وصف العقد، وقانون الأموال يمكن إذاً أن يؤثر في وصف العقد بسبب الصلة التي يقيمها مع طبيعة الموجب القابل لأن ينشئ.

ووصف الإبداء المنتظم الذي يستدعي موجب الرد عيناً، أو وصف الإبداء غير المنتظم الذي ينشئ فقط موجب رد شيء معادل⁽²⁾، يتوقف إلى حد كبير على طبيعة الشيء المسلم للوديعة. فإذا كان هذا الشيء مثلياً يكون الإبداء غير منتظم بالضرورة حتى ولو لم تكن هناك قرينة قانونية بهذا المعنى. وهكذا حكمت محكمة النقض بأنه: «ما أن يتم التسليم (تسليم الأموال) حتى تغدو هذه الأشياء باعتبارها أشياء نوعية ملكاً للصندوق (صندوق الادخار) ولا يملك الزبون تجاهها إلا حقاً في دين»⁽³⁾. وقد لاحظ السيد Larroumet أنه «إذا لم تكن ثمة قرينة قانونية بحصر المعنى، لغياب نص في القانون المدني حول هذه النقطة، لصالح الإبداء غير المنتظم لشيء مثلي، فمن الواجب أن نرى أن الإبداء، في جميع الأحوال التي لا يمكن أن يكون فيها الشيء المودع مفزّداً ومتميّزاً عن أشياء أخرى مشابهة يمكن أن تكون قد سلّمت من قبل مودعين آخرين أوانها بملكية الوديعة خارج أي إبداء، يجب أن يظهر على أنه غير منتظم بالضرورة، والأمر سيان، في نهاية المطاف، كما لو أن ثمة قرينة قانونية بهذا المعنى»⁽⁴⁾.

فوصف العقد يمكن إذاً أن يتوقف على وصف المال الذي هو موضوع الاتفاقية المادي. ثمة ترابط إذاً بين قانون الأموال وقانون العقود الخاصة. على أن إرادة الفريقتين يمكن أن تمارس تأثيراً في وصف المال وأن توجه بذلك وصف العقد⁽⁵⁾.

ب - طبيعة الموجبات الأصلية تحدد طبيعة العقد القانونية:

77 - يكفي الثبوت من وجود المرجبات الأصلية كي يكون الوصف ممكناً طالما أن هذه الموجبات الأصلية متماثلة.

يكفي في البيع وجود الثمن والشيء ونقل الملكية لوصف العقد. وبالعكس عدم وجود

(1) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 آذار 1983، ائشرة المدنية، I رقم 111، صفحة 97، فهرس Defrénois، 1984، البند 33215، صفحة 182 تعلق A. Breton.

(2) انظر: R. Rodière، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧ الإبداء، 1971، رقم 168.

(3) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 شباط 1984، ائشرة المدنية، I، رقم 49، صفحة 50؛ Dalloz 1984، صفحة 688؛ ملاحظة Ch. Larroumet.

(4) الملاحظة المذكورة سابقاً، صفحة 630، المامود الأول في نهايته.

(5) الأطرحة المذكورة سابقاً، ولا سيما الرقم 25 وما يليه، صفحة 28 وما يليها، بالإضافة إلى الرئتين 85 و 86 والتعلق 180.

التمن بالعملة، وهو موجب أصلي على الشاري، يستبعد آلياً وصف البيع⁽¹⁾. وبالطريقة عينها لا يكون هناك إيجاب لقاء بدل بدون بدل لإيجاب جدي⁽²⁾. ويحوي عقد الإيداع (المنتظم) بالنسبة إلى الوديع الموجب الأصلي في الحفظ والرد عيناً. وصاحب الامتياز الذي له إمكانية إعادة بيع الأشياء المعهود بها في الإيداع لا يرم بالنسبة اتفاقية تستند إلى المادة 1915 من القانون المدني ولم يكن بالتالي معرضاً لحقوبات إساءة الأمانة قبل إصلاح قانون العقوبات⁽³⁾. والأمثلة يمكن أن تكون أضعافاً مضاعفة⁽⁴⁾.

وويتج وصف الموجبات الأصلية المطلقة على عائق كل من المتعاقدين تحديد طبيعة العقد القانونية. إنها إذاً الموجبات الأصلية التي ما أن يتم وصفها حتى تحدد طبيعة العقد القانونية بكامله⁽⁵⁾.

ويتدخل أحياناً في وصف الموجبات الأصلية معيار كمي. فمبلغ النكول على عائق المستفيد من وعد أحادي الجانب بالبيع الذي تم قبله على سبيل المثال، والذي يشكل موجبه الأصلي الوحيد، يتيح تحديد طبيعة العقد الحقيقية. ويعتبر الوعد، تبعاً لمبلغ تمييز تثبيت المنقول، مجرد خيار شراء، أو على العكس بيعاً بلا شرط⁽⁶⁾. واستخدام معيار رياضي محض معد لتحديد طبيعة الموجب الأصلي الملحق على المدين ليس مع ذلك يمتنع من

(1) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 تشرين الأول 1967، النشرة المدنية، I، رقم 292، صفحة 219، حتى ولو كانت الخدمة الموعود بها من قبل المتعاقدين مقدمة بالعملة لطايات ضريبة، فإن هذه الخدمة لا يمكن أن تعتبر ثمتاً. الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 آذار 1981، النشرة المدنية، III، رقم 56، صفحة 142 Dalloz 1981، الصفحة 442 من التقرير، ملاحظة Ch. Larroumet. وعلى عكس ذلك: الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1986، الحكم المذكور سابقاً.

(2) M. Renard، مصنف الاجتهادات الدوري، Bail à loyer، الكرامة 710، 1988، رقم 27.

(3) النقض الجنائي، 8 شباط 1983، النشرة الجنائية، رقم 149 السجلة الفصلية للقانون التجاري، 1984، صفحة 337، رقم 17.

(4) انظر النقض التجاري في 30 أيار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 167، صفحة 110، ليس هناك عقد بيع في صورة إيجار، بمعنى قانون 2 تموز 1966، طالما أنه لم يرد أي نص بوعده أحادي الجانب بالبيع لصالح السائر. النقض التجاري في 31 أيار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 180، صفحة 126، الزين هم العنصر الأساسي في المؤسسة التجارية بحيث أنه ليس هناك بيع للمؤسسة التجارية في حال عدم وجود تفرغ عن الزين. الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 نيسان 1991، النشرة المدنية، III، رقم 114، صفحة 65، حتى حرية التفرغ بشكل طامياً جوهرياً للإيجار الحكومي. الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 أيار 1991، النشرة المدنية، III، رقم 140، صفحة 82، عدم الاستغفار في تمانع مع حق سائر الحكيم الحكومي. الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 222، صفحة 131، في شأن تحديد معايير إيجار الحكيم الحكومي.

(5) هكذا حكمت محكمة النقض بأن إمكانية المستفيد من وعد بالبيع بأن يحل شخصاً ثالثاً لمعه ليست تيسبها أن يُنزع عن الوعد ذاته طابعه الأحادي الجانب وأن يعفي من موجب التسجيل. (الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 أيار 1987، النشرة المدنية، III، رقم 111، صفحة 65).

(6) انظر توكيرين العقد، رقم 238. وكذلك: F. Bénéac - Schmidt، Le contrat de promesse unilatérale de vente، أطروحة في 1983، L.G.D.J.، مقدمة J. Ghestin، رقم 54 وما يليه، صفحة 59 وما يليها.

الانتقادات⁽¹⁾. فلا يبدو أنه دائماً مقبول من الاجتهاد⁽²⁾.

ويمكن التأكيد، عندما تنشأ الاتفاقية على عاتق كل من المتعاقدين موجباً أصلياً واحداً، أن وصف العقد يتلخص بهذه العملية البسيطة نسبياً. وبالمقابل، عندما توجد عدة موجبات أصلية على عاتق كل من المتعاقدين ولا تكون قاعدة التابع مطبقة تكون بنية العقد هي التي تحدد وصفه في أغلب الأحيان⁽³⁾.

ولكن كيف يكون القرار عندما يكون الموجب أصلياً ومحدداً من قبل الفريقين وغير متوافق مع الحقيقة؟ إن تقنية التحويل عن طريق التقليل تتيح حل الصعوبة.

ج - التحويل عن طريق التقليل (أو التخفيض):

78 - يمكن أن يؤدي غياب الموجب الأصلي إلى تحويل العقد عن طريق التقليل.

الموجب الأصلي هو الذي يحدد وصف العقد على أن التثبت من غيابه لا يكفي دائماً في الرافع لتسويغ بطلان العقد لغياب السبب⁽⁴⁾، فيجري الاجتهاد تحويلاً عن طريق التقليل.

وقد حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بتاريخ 28 شباط 1985 بأن غياب رباط التبعية بين شركة وأجير «يفرض رد الوصف الصحيح للعقد الذي أبرمناه وأنه لم يكن كافياً لتسويغ إبطاله لسبب غير صحيح»⁽⁵⁾.

وفي هذه القضية لم يكن المتعاقد مع الشركة مجبراً على تنفيذ عمل تحت تبعية مستخدمه، وقد بينت محكمة الاستئناف أن حرزته كانت خارج رباط التبعية الضروري لوجود عقد عمل. والحال أن الفريقين وصفاً اتفاقيتهما بعقد عمل. وهكذا كانت هناك فجوة بين السبب المعبر عنه والوصف الحقيقي الذي كان يمكن أن يرتديه العقد؛ فالموجب الأصلي الذي لا غنى عنه لوصف عقد العمل لم يكن موجوداً. غير أنه يبقى من الصحيح أن الأجير المزعوم أعطي تقديرات. والموجب الأصلي يمكن وصفه من جديد فيرتدي العقد رداءً قانونياً آخر.

(1) انظر الرقم 82 اللاحق.

(2) انظر النقض التجاري في 14 أيار 1985، النشرة المدنية، IV رقم 153، صفحة 130، المتعلق بوضع وصف جديد من قبل قضاء الأساس بغير الوعد بالبيع ملزماً للطرفين في حين أن الفريقين وصفاً هذا العقد بوعده أحادي الجانب بالبيع، إن معيار نية الفريقين المشتركة يتغلب على أي معيار آخر، ولا سيما أن مبلغ الشكول لا يبدو أنه كان موضوع نقاش أمام قضاء الأساس، على الأقل كمعصر موضوعي لوصف العقد.

(3) انظر الرقم 89 اللاحق وما يليه.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 918، وكذلك: Ch. Larroumet, Les obligations: le contrat، الطبعة الثانية، 1990، رقم 575، الذي يقدّر أن تعبير «اتفاقية عن طريق التقليل» ليس موقفاً إذ لن يكون هناك أي تقليل بالمعنى المتغير للتعبير.

(5) النشرة المدنية 7 رقم 138، صفحة 100.

وهكذا يستبعد البطلان لغياب السبب لمصالح إعطاء وصف جديد للعقد، مما يبين الرباط بين سبب العقد ووصفه⁽¹⁾. ولن يعلن البطلان إلا أن يكون ثمة تناقض غير قابل للتقليص بين الأوصاف الممكنة للسبب كعنصر قاطع⁽²⁾، مما يفرض على قضاة الأساس البحث عن وصف يتيح لتوافق الإرادتين إنتاج المفاعيل، ذلك بأن الموجب الأصلي يمكن أن يؤدّ وصفاً مختلفاً عن الوصف الذي اعتمده الفريقان⁽³⁾ حتى ولو كان غير مسمى⁽⁴⁾.

وهكذا لا يساوي شيك غير مؤرخ شيكاً، وإنما وكالة دفع أعطائها الساحب للمحسوب عليه تشكل مستنداً خطياً يجعل وجود دين المستفيد معقولاً. والشيك ليس باطلاً⁽⁵⁾. والقاضي، باستبدال وصف بغير الوصف الواجب الأخذ به من حيث المبدأ، لا يعلن البطلان ببرز مفاعيل عقد يكون محروماً منها طبعياً.

ويهذه الطريقة تحل إرادة القاضي محل إرادة الفريقين. وقد لوحظ أن اللجوء إلى الاتفاقية عن طريق التقليص كانت تستبعد إرادة الفريقين وكان وهماً بناء هذه الإلالية على

(1) انظر: Fr. Terré، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 273 وما يليه صفحة 267 وما يليها، ولا سيما صفحة 290 وما يليها، وصفحة 269 وما يليها.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 918-918، Fr. Terré، الأطروحة الآتية الذكر، رقم 224 وما يليه، صفحة 209 وما يليها. يتفحص المؤلف «الاتفاقية عن طريق تقليص الأعمال القانونية» التي تفرض سبباً للتحقق من بطلان «النسبة» التي اعتمدها الفريقان (أضف إلى ذلك: الرقم 524، صفحة 420 وصفحة 421). المقصود هو التحديد إلى حد يكون العمل غير المتوافق مع الشروط القانونية المطلوبة لتكوينه قابلاً مع ذلك لأن ينتج مفاعيل قانونية عن طريق إدائية التقليص. وقد لاحظ السيد Terré، بعرض نظريات Perrin و Pédalière، إن الأمر يتعلق فقط بتحديد المكان الذي ينبغي أن تحتله الإرادة الاقتصادية التي تنشط المتعاقدين (فرضية Perrin) والرباط المراد بين الوسائل والهدف المرجو تحقيقه (فرضية Pédalière)، ذلك بأنه ليس هناك بين هذين الرأيين أي فارق في النزعة - ينتج عن ذلك أنه من الصحيح، بالنسبة إلى المؤلف، استبعاد إرادة المفعول الاقتصادي، كما أنه من الطبيعي تحليل إرادة الأسلوب بالنسبة إلى إرادة الهدف، ذلك بأن المقصود فقط هو وصف عمل قانوني ما وليس وصف العمل القانوني. والبحث عن الإرادة والعناصر الذاتية، في عرف السيد Terré، يفسح أمام القاضي حرية واسعة جداً في التصرف، حتى ولو كان التماثلان بإمكانهما تعيين ما يتوخيان عمله سلفاً، مستعدين هكفا إمكانية وصف بديل في حال أن الوصف الأول هو غير ملائم. وفي هذه الحالة الأخيرة في الحقيقة يمكن إعلان البطلان لغياب السبب، بدون أن يكون ثمة إمكانية إنصاف الوصف المعدل لإضفاء الصحة على العمل بإعطائه سبباً آخر - انظر أيضاً: D. Grillet - Ponton، Bessy sur le contrat innommé، أطروحة في ليون، 1982، طبع على الآلة الكاتبة، 253، صفحة 293، وما يليها ولا سيما رقم 266 وما يليه، صفحة 307 وما يليها. ويميز المؤلف الاتفاقية عن طريق التقليص. والفريقان، في الحالة الأولى، وصفا خطأ العقد الذي أبرماه حقيقة. والوصف ليس إذا سوى وصف العقد. والأمر لا يتعلق في الحالة الثانية بخلط في النسبة، وتحديد الهدف المرجو لعل من قبل الفريقين يبيح وحده اللجوء إلى اتفاقية عن طريق التقليص أم لا.

(3) انظر على سبيل المثال إعادة وصف عقد اندماج كمقدّيع للتسليم عقب التحقق من غياب الموجب المتبادلي بتوريد مستودعات وتقديم خدمات، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 تموز 1978، النشرة المدنية I، رقم 272، صفحة 212.

(4) انظر: D. Grillet - Ponton، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 270 وما يليه، صفحة 313 وما يليها.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 آذار 1982، النشرة المدنية I، رقم 178، صفحة 52.

قربة تكون فيها الإرادة قد ارتقت وصفاً ثانوياً⁽¹⁾. وهكذا تشدد الاتفاقية عن طريق التقليل المحققة بواسطة الوصف على قصدية العقد الاقتصادية.

والبحث عن موجب أصلي «استبدالي» يتيح إذاً وصفاً مفيداً للعقد وبين أن الموجب الأصلي هو الذي يحدد وصف العقد. ودراسة الموجبات التابعة يعزز هذا التحليل.

(2) الموجبات التابعة

79 - بعد تحديد مفهوم الموجب التابع سرى تأثير الموجبات التابعة في نظام العقد.

أ - مفهوم الموجب التابع

80 - يتمثل مفهوم التابع الذي يعبر مبدؤه القانوني العام: التابع يلحق الأصل *accessorium sequitur principale*، عن نتيجته في مظهرين أحدهما يكون العقد بسيطاً أو معقداً.

إن موجبات الفريقين، في عقد بسيط، تنتسب إلى فئة إسناد واحدة وتحديد الموجبات التابعة يكون فيها سهلاً.

ويضع الفريقان في عقد معقد موجبات مرتبطة بفئات إسناد عديدة. وحسب صيغة السيد Terré «يرتبط عنصر وصف معين بعنصر آخر يرتبط اعتيادياً بوصف آخر»⁽²⁾. ينبغي إذاً تحديد ما إذا كان أحد الموجبات يجعل الموجبات الأخرى تابعة، حتى ولو كانت هذه الأخيرة أصلية في وضع آخر.

81 - التابع في العقود البسيطة.

ثمة نموذجان للموجبات التابعة؛ من جهة أولى الموجبات الطبيعية أو العناصر الطبيعية هي العناصر الموثقة بعقد معين، غير أن اشتراطات الفريقين يمكن أن تلغيها، بدون أن تتأثر طبيعة العقد المستخدم، وعلى سبيل المثال وضع شرط عدم الضمان في البيع الذي يدخل المهنيين من الاختصاص عينه. والعناصر الطارئة من جهة أخرى هي العناصر التي بإمكان الفريقين ضمها إلى العقد المختار بدون أن يتعدّل جوهر هذا العقد⁽³⁾. وهذا هو، على سبيل المثال، حال البند الجزائي. وهذه الموجبات التابعة للموجب الأصلي غير قابلة لتعديل وصف العقد.

وقد بيّن السيد Goubeaux⁽⁴⁾، لدى تفحص مسألة الموجبات التابعة بطبيعتها أن العناصر الطبيعية كانت العناصر الأجنبية عن وصف العقد، ذلك بأنه لا يمكن أن تكون

(1) Fr. Terré الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 229، صفحة 213 - D. Grillet - Ponton، الأطروحة المشار إليها سابقاً، رقم 275، صفحة 317.

(2) L.G.D.J.، أطروحة في باريس، 1957، مقدمة R. Le Bail، رقم 390، صفحة 329. يميز المؤلف، انطلاقاً من رأي السيد Voirin، التابع الثانوي، بخلاف الأساسي، والتابع المستل بخلاف الأصلي.

(3) F. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 392، صفحة ورقم 330 وكذلك رقم 33، صفحة 35.

(4) Le règle de l'accessoire en droit privé، الأطروحة السالفة الذكر رقم 143 وما يليه، صفحة 215 وما يليها.

موجودة في غياب موجب أصلي تنضاف إليه⁽¹⁾. واستنتج المؤلف من ذلك أن الموجب التابع هو بدون تأثير في اختيار الفئة المطبقة لأن «الموجب التابع، من جهة أولى، ليس عنصراً من الفئة التي تنشئ عنها الموجبات الأصلية. فالتابع بالفعل هو تكملة تنضاف إلى الأصلي بدون أن يشتمل قسماً منه»... «لأن عناصر من طبيعة الأصلي عينها، في ظروف أخرى، موجودة لوحدها»... «ومن جهة ثانية ليس الموجب التابع نفسه قابلاً لأن يتلقى وصفاً مستقلاً بصورة مطلقة لأن موجباً كهذا لا يوجد أبداً في وضع معزول»... «ومن المهم ملاحظة أن الطابع التابع للموجب يفسر كون هذا الموجب بدون تأثير في وصف العقد. وهذا الوصف يتوقف حصراً على الموجبات الأصلية⁽²⁾».

ويمكن ان تصاغ ملاحظات معادلة في ما يتعلق بالعناصر، أو الموجبات، الطارئة التي يضيفها الفريقان إلى العقد كالبدل الجزائي مثلاً⁽³⁾.

والموجبات الثانوية بالنسبة إلى الموجب الأصلي في النهاية ليس لها أي مفعول تجاه وصف العقد ذلك بأنها حيادية موضوعياً. وبهذا الشرط تفعل القاعدة العامة القانونية، التابع يلحق بالأصل، فعملها⁽⁴⁾. وهي تستدعي فقط تعديلاً للنظام بدون العساس بالوصف⁽⁵⁾. فالطابع المجاني أو المأجور للوكالة مثلاً ليس له تأثير على الوصف، وهذا ما نصت عليه المادة 1986 من القانون المدني⁽⁶⁾. غير أن نظام مسؤولية الوكيل لها بعض الخصائص حتماً يكون مجانياً أو مأجوراً.

82 - التابع في العقود المعقدة.

يكون العقد معقداً عندما يحوي عدة موجبات يعود كل منها إلى عقد خاص. وهذا هو مثلاً حال التبادل مع فرق الأنصبة⁽⁷⁾، وإلجاء العمل المقترن بتوريد المعدات أو كذلك الهبة مع عبء⁽⁸⁾.

- (1) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 145، صفحة 218 وصفحة 219.
- (2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 147، صفحة 218، وصفحة 219.
- (3) انظر: G. Goubeaux، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 132، صفحة 199.
- (4) انظر: F. Goubeaux، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 359، صفحة 483.
- (5) انظر بهذا المعنى D. Grillet - Ponton، *Essai sur le contrat innommé*، أطروحة في تولوز، 1982، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 31، صفحة 38، التلخيص 2 و 3. انظر الرقم 83 اللاحق.
- (6) مع أن الوكالة مجانية بطبيعتها يفترض أنها مأجورة عندما تناط بشخص ترتكز مهمته المعنوية على الامتثال بقضايا الغير، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1989، النشرة الشهرية، أ، رقم 399، صفحة 267. انظر حول تأثير صفة الفريقين في وصف العقد الرقم 68 السابق.
- (7) B. Soussi - Roubi، *Le contrat d'échange*، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1978، صفحة 257 وما يليها.
- (8) انظر: Bouysou، *Les libéralités avec charge en droit civil français*، أطروحة في تولوز، 1945، صفحة 183 وما يليها. Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit، أطروحة في تولوز، 1945، رقم 18 وما يليه. وكذلك F. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 106، صفحة 103.

ثلاثة استدلالات ممكنة بداهة.

يمكن أولاً الاعتراف بأن كل موجب ينبغي أخذه في الاعتبار على قدم المساواة، مما يعود إلى تبني وصف توزيعي⁽¹⁾. ويمكن بعد ذلك تجنب الصعوبة بالأخذ بوصف غير مسمى. ومن المفهوم أخيراً اختيار وصف موحد بالتفريق بين الطبيعة الأصلية أو التابعة لكل من الموجبات عن طريق معيار موضوعي. وهذا الحل الأخير تأخذ به المحاكم أو المشرع أحياناً⁽²⁾، مع التنكر لأي تأثير للموجب المنعوت بالتابع في طبيعة الموجب الأصلي، وكتيجة لذلك في طبيعة العقد إلا أن يتم إعداد نظام هذا العقد.

ولتحديد علاقة الأصلي بالتابع وتبني وصف موحد، يمكن استخدام القاعدة العامة القانونية التابع يلحق الأصل. ويجب أن تُكتب هنا، كما يشير إلى ذلك السيد Goubeaux، «القسم الأكبر يشد إليه القسم الأقل»⁽³⁾. وفارق القيمة هو إذاً المعيار الوحيد للتابع⁽⁴⁾؛ إن جزءاً بالمتة من الفرق زيادة أو نقصاناً يجب أن يكفي لتسويغ الوصف الأصلي أو التابع للموجب.

وقد لوحظ أن التكافؤ النوعي الذي يترجمه نوع من اللاتقسامية بين الموجبات الأصلية لم يكن عقبة أمام تطبيق القاعدة القانونية العامة القسم الأكبر يشد إليه القسم الأقل، لأننا «نفهم تماماً جميع رباط اللاتقسامية يتموضع على صعيد نوعي وعلاقة تابع بالأصلي كائنة على صعيد كمي»⁽⁵⁾، ولأن رباط اللاتقسامية يتعلق بصورة رئيسية بوجود الاتفاقية وليس بالوصف، من المشروع تجزئة الموجبات المختلفة الناشئة عن العقد «لكي لا تُعتمد إلا صفاتها القانونية». «إن عنصراً ما يمكن أن يكون جوهرياً بالنسبة إلى وجود العقد وتابعاً بالنسبة إلى وصفه»⁽⁶⁾.

على أن اللجوء إلى القاعدة القانونية العامة القسم الأكبر يشد إليه الأقل ليس مشروعاً في عرف السيد Goubeaux إلا أن تجتمع بعض الشروط. ينبغي أولاً أن يكون ثمة وصفان

(1) انظر الرقم 94 اللاحق وما يليه.

(2) تنص المادة 3 من اتفاقية الأمم المتحدة حول عقود البيع الدولي للبضائع، المعقودة في فيينا في 11 نيسان 1980، والمنشورة بالمرسوم رقم 87 - 1034 تاريخ 22 كانون الأول 1987 (مُصنف الاجتهادات الدوري، 1988، III، 60936) على ما يلي: «تعتبر مبيعات عقود توريد البضائع للمصنع والإنتاج، إلا أن لا يكون الفرقن الذي يطلب هذا التوريد عليه أن يورد تسعاً أساسياً للعناصر المادية الضرورية لهذا الصنع أو الإنتاج. انظر 1990 L.G.D.J. B. Audit, La vente internationale de marchandises, حلقة حوار في ثانون الأعمال، رقم 24 وما يليه.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 137، صفحة 207.

(4) G. Goubeaux الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 340، صفحة 467.

(5) G. Goubeaux، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 138، صفحة 207.

(6) G. Goubeaux، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 142، صفحة 213.

ممكنان، ثم ينبغي أن تكون هذه الفئة المعنية أو تلك من الممكن استبعادها. ويتقضي في المقام الثالث أن تكون هناك حاجة أمرة للتبسيط لأن «الرفض القبلي للوصف المزدوج هو «محرّك» القاعدة العامة القانونية القسم الأكبر يشد...». وأخيراً يقتضي أن لا يكون التبسيط الذي يوفره المعيار الكمي مفرطاً⁽¹⁾.

والتحليل الموجز للتبادل مع فرق الأنصبة يبين أن العقد يتضمن موجبين متساويين نوعاً؛ موجب إعطاء شيء ما وموجب دفع الثمن، وهو ما يسمى فرق الأنصبة، ويعود إلى عقد آخر هو البيع⁽²⁾. بيد أن هذين الموجبين يمكن، كئناً، أن يكونا غير متساوي القيمة. ومن الممكن إذاً الأخذ بالأهمية الكمية لكل من الموجبين كمعيار وصف موحد للعقد. وهكذا يؤدي فرق أنصبة مبلغ أعلى من قيمة المال المتبادل، من حيث المبدأ، إلى وصف البيع بالنسبة إلى الكل وليس بالنسبة إلى وصف التبادل⁽³⁾.

غير أن محكمة النقض حكمت أيضاً بأن اشتراط فرق الأنصبة «لا يغير طبيعة العقد إلا أن لا يكون المبلغ الذي دفعه أحد الفريقين بصفة فرق أنصبة مع قيمة الشيء الذي ملّمه هذا الفريق قد أضفى على مجمل الاتفاقية طابع البيع»⁽⁴⁾. فالمعيار الرياضي الصرف ليس إذاً هو المعيار المعتمد لأن «الاجتهاد يكتب على تفحص النسب»⁽⁵⁾، مما يترك لقضاة الأساس هامشاً كبيراً في التقدير وبين أن القاعدة العامة القانونية القسم الأكبر... ليست هي المطبقة دائماً القاعدة التابع يلحق بالأصل⁽⁶⁾. وفي مجالات أخرى أخذت محكمة النقض أيضاً بهذا

(1) الأطروحة السابقة الذكر، رقم 343، صفحة 469 ورقم 470.

(2) انظر: B. Soussi - Roubi, Le contrat d'échange، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1978، صفحة 257، وما يليها، ولا سيما رقم 34، صفحة 279 و صفحة 280.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 حزيران 1973، النشرة المدنية، III، رقم 436؛ 1974، D. الصفحة 143 من الموجز؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1974، صفحة 145، تعليق Y. Lonsouvan. انظر Fr. Teran، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 98 وما يليه، صفحة 98 وما يليها. G. Goubeaux. الأطروحة المذكورة آنفاً رقم 139، صفحة 208 - H.L.J. Mazaud، Leçons de droit civil، الجزء III، المجلد 2، Principaux contrats، القسم الأول، بيع وتبادل، الطبعة الخامسة، تأليف M. de Juglart، رقم 1036، صفحة 45.

(4) النقض المدني في 10 شباط 1926، Dalloz الأسبوعي 1926، I، 202 - عريضة 29 نيسان 1927، مصنف الاجتهادات الدوري، 1927، 742، يبين قضاة الأساس عدم تناسب قايح بين قيمة المال المتبادل ومبلغ فرق الأنصبة يمثل ما يقارب أربع مرات قيمة الشيء المتفرغ عنه في التبادل. انظر أيضاً: النقض المدني في 30 تشرين الأول 1950، النشرة المدنية، I، رقم 208، صفحة 158، Dalloz 1950، صفحة 753، تعليق R. Lenon؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1951، II، 6018، تعليق Raynaud، الذي يأخذ بالوصف المختلط: «في اتفاقية يمتزج فيها البيع بالتبادل»، رغم أن عدم تناسب هام بالنسبة إلى مبلغ فرق الأنصبة.

(5) Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 102، صفحة 100.

(6) G. GOUBEAUX، في الأطروحة الآتية الذكر، رقم 339، صفحة 468، يلاحظ أيضاً أن ذلك هو موقف الفقه.

المعيار في الوصف⁽¹⁾، وفرضت على قضاة الأساس التصرف على هذا النحو⁽²⁾، إلا أن نية الفريقين ليست أجنبية عن التقدير الذي يعتمد القاضي حتى أنها تتقدم أحياناً على الاعتبار الكمي الصرف⁽³⁾.

(1) انظر التقاضي الاجتماعي في 5 آذار 1987، النشرة المدنية ٧، رقم 119، صفحة 77، بالنسبة إلى الطابع التابع كماً لنشاط الصباحي المأجور... التقاضي التجاري في 3 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 244، صفحة 163، اضطلال وسيط تجاري للنقل. عرضاً يتأمن حراسة البضائع مو بدون تأثير في وصف عقد الوساطة. التقاضي المدني في 20 شباط 1983، Dalloz، الدوري 84، 1، 32، والتفصيل المدني في 28 تشرين الأول 1911 (حكمان)، Dalloz، الدوري 1912، 1، 113، تعليق PLANIOL. إن العقد الذي يكلف بمرجبه مالك قطعة أرض مفاولاً أن يبني عليها صرحاً لا يشكل بيعاً وإنما إيجار عمل، حتى عندما يترد المفاوض، مع عمله، معدات البناء. وهذا الحل مستوعباً عمومياً بتطبيق القبول المأثور بحري التفرغ عن الأرض وحدها: فالترية أصلية دائماً تجاه المعدات المقلعة. وينتج عن ذلك، على اعتبار أن صاحب العمل هو مالك الأرض، أن العقد لا يمكن أن يتردى إلا وصف المفاولة. على أن PLANIOL (التعليق السابق الذكر) كان قد لاحظ أن الأرض لم تكن تشكل موضوع العقد. ومعيار التابع هو هنا وهمي يحد؛ انظر Ph. MALAURIE et L. AYNES المذكورين آنفاً، رقم 76، B. BOUBLI، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧، عقد المفاولة، 1994، رقم 22. وكذلك الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 6 آذار 1977، النشرة المدنية، III، رقم 131، صفحة 104، مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، II، 18913، تعليق T. HASLER الذي يأخذ بعدم تطبيق القبول المأثور بحري التفرغ عن الأرض وحدها، إن أخذ بوصف مختلط (بناء مصنع على قطعة أرض صاحب العمل). انظر في صدد تطبيق معيار التابع في تحديد وصف عقد الانتقال، R. RODIÈRE et B. MARCADAU، Droit des transports terrestres، cet aériens، الطبعة الرابعة، موسوعة Dalloz، 1984، رقم 130، صفحة 173. وكذلك: R. RODIÈRE، La nature juridique du contrat de déménagement، مصنف الاجتهادات الدوري، 1951، 1، 917. وفي الشخصية رقم 82 - 02 (B.O.S.P.) 27 آذار 1982، Lamy droit économique، المذكور آنفاً، رقم 4861، تأخذ لجنة الشروط غير المألوفة بأن عقود الانتقال هي، حسب طبيعة التقديرات الواردة من المتقنين، إما عقود نقل وإما عقود وساطة نقل، وإما مجرد عقود إيجار عمل. والطابع الموحد للوصف بين أن اللجنة تأخذ بالضرورة بمعيار كمي. أضف إلى ذلك، بالنسبة إلى تطبيق قضاء الأساس معيار التابع الذي يتيح وصف عقد الإبداع وليس عقد النقل، حكم محكمة روان، 21 تشرين الثاني 1991، مجموعة اجتهادات القانون الإداري، 1992، رقم 3، صفحة 11، ورقم 38، صفحة 29.

(2) التقاضي التجاري في 6 كانون الثاني 1982، مجلة قصر العدل، 18 حزيران 1982. أضف إلى ذلك: الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 تشرين الثاني 1987، مجلة قصر العدل، 1988، الصفحة 8 من الملخص. لم تعط إحدى محاكم الاستئناف الأساس القانوني لحكمها بالنسبة إلى المادة 1787 من القانون المدني، إذ أخذت بوصف عقد مفاولة في اتفاقية تركيب مرجل تدفئة بدون أن تستوعب نصها بالنسبة إلى طبيعة التقديرات التي يضمها العقد على عاتق من رغب وأمينتها.

(3) التقاضي المدني في 30 تشرين الأول 1950 المذكور سابقاً. التقاضي التجاري في 30 أيار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 173، صفحة 114. كان الأمر يتعلق بهية مؤسسة تجارية مؤلفة ببعل 200000 فرنك فرنسي مختلفة بمب 150000 فرنك. وقد قفوت إدارة الضرائب، ومن بعدها المحكمة الإدارية في Puy، أن العقد بحري موجب متميزين بالنسبة إلى أهمية المبه الكمية. فنقضت محكمة النقض الحكم إذا رأت أن أسباب التسوية المستخرجة من التحليل الموضوعي وحده للشرط الذي ينص على عبه مكون من دفع مبلغ أدنى من قيمة المال المنقول إلى الواهبين لم يكن من شأنها إثبات أن الواهبين توخوا الاشتراط بدون نية تبرعية بالنسبة إلى الكل. - الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 14 شباط 1989، النشرة المدنية، 1، رقم 189، صفحة 61، وجود نية تبرعية لا يمكن استنتاجه من اختلال التوازن وحده بين التعهدات التي ارتبط بها المتعاقدون.

وقاعدة القسم الأكبر تشدد... لها مع ذلك منفعة لا نزاع فيها حتى ولو كان تطبيقها عتياً وفقاً⁽¹⁾، إنها تحل بشكل مرضي تنازع الوصف الذي يولده وجود موجبات تعود لفئات مختلفة⁽²⁾، وقد لوحظ أنه ليس هناك ما يصدم باللجوء إلى معيار رياضي أكثر من إناطة حل تنازع الأوصاف بتحكيم القاضي⁽³⁾.

ولقاعدة الأكثر يشدد...، في فصل السيئات، مفعول منع التنبق بين العقود ورده بعض الأوضاع الواقعية الأصلية المنبثقة عن مخيلة المتعاقدين إلى اللاقانون. ولذلك اقترح السيد Goubeaux قبول وصف مختلط إذا كانت الوقائع تفرض ذلك، إلا إذا أجرى إحمال القاعدة الأكثر يشدد... للإفراج عن الإولاية عندما يرصل تطبيق النظامين القانونيين في حالة مبنية إلى استحالة مطلقة⁽⁴⁾، فيكون مجال تطبيق القاعدة في النهاية وفقاً على مجال الوصف⁽⁵⁾.

وتقليص العقد أخيراً إذ يتضمن عدة موجبات تعود لفئات قانونية متميزة لعقد وحيد من طريق الأخذ في الاعتبار الحاصر موجباً موصوفاً بالأصلي ليس دائماً مأمولاً به، لأنه غير ممكن عندما يكون كل موجب متكافئاً بالضبط، حتى ولو بقيت هذه الفرضية نظرية. ويظهر أنه من الملائم، بدلاً من اللجوء إلى تقليص عناصر العقد استناداً إلى القاعدة الأكثر يشدد...، التسك بإرادة الفريقين⁽⁶⁾ أو بنية الاتفاقية لاكتشاف السيماء الحقيقية⁽⁷⁾.

وفي ما يتعلق بإلجاء العمل المعقرون بتوريد معدات أخذ الاجتهاد الحديث، بدون التدخل تماًماً عن معيار التابع⁽⁸⁾، سواء أكان نوعياً أو كميّاً، الذي كان يطبقه تقليدياً لثني وصف موحد⁽⁹⁾، بدور الفريقين في مفهوم الشيء المعد للصنع وطق معيار التخصصية للعمل

- (1) G. GOUBEAUX، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 342، صفحة 468.
- (2) الإبطال لعدة النخب يطبق حصراً في عقد البيع ما عدا التبادل. وتطرح إذ ذاك مسألة معرفة ما إذا كان من الواجب تطبيقه، وفي حال الإيجاب، كيف يتم ذلك عندما يؤخذ بوصف مختلط «بيع مستخرج بالتبادل» (انظر تعليق Raymond سابقاً، على الحكم المدني في 30 تشرين الأول 1950).
- (3) G. GOUBEAUX، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 341، صفحة 468، ورقم 343، صفحة 470.
- (4) الأطروحة السابقة الذكر، رقم 364، صفحة 468.
- (5) انظر أيضاً GRILLET-PONTON، الأطروحة الأتمة الذكر، رقم 98، صفحة 111.
- (6) انظر الرقم 87 اللاحق.
- (7) انظر الرقم 91 اللاحق وما يليه.
- (8) الغرفة المدنية الثالثة، 10 حزيران 1991، النشرة المدنية، III، رقم 185، صفحة 108، Dalloz الدوري 1992، صفحة 208 من التقرير، لوصف اتفاقية عقد مقالة، أدخلت المحكمة العليا بعدة معايير: أهمية عمل الصنع وكلفته بالنسبة إلى عمل توريد المعدات، الطابع الوحيد لأسلوب الصنع الموضوع بتصرف المتخذ من قبل المقاول الأصلي، منع المتخذ من تحقيق هذا العمل ذاته لصالح الغير، رقابة الصنع تقع على عاتق المقاول الأصلي واحترام المتخذ الإكراهات المنصوص عليها في دفتر الشروط. ومعيار التابع هو إذا مستخدم بصفة مؤثر.
- (9) التقض التجاري في 19 أيار 1981، مجلة قصر العدل، 18 - 19 كانون الأول 1981، في صدد وصف عقد مقالة في شأن تركيب مطبخ مني على الطابع التابع لتوريد الأجهزة المنزلية بمد للبي وسوق بنية الفريقين - الغرفة المدنية الأولى، أول آب 1950، النشرة المدنية، I، رقم 184، مصنف الاجتهادات الدوري، =

المطلوب من صاحب العمل⁽¹⁾. وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يعتبر عقد مقالة العقد الذي يحوي تحقيق «عمل خاص بموجب بيانات خاصة تجعل من المستحيل استبدال معادل بمتنوع مطلوب»⁽²⁾. كما أن العقد الذي يتناول عملاً خاصاً لحاجات خاصة عر عنها صاحب العمل هو عقد مقالة⁽³⁾. ووصف العقد هو دائماً موحد؛ وحده معيار الوصف مختلف: «التعارض هو بين الإنتاج الموحد والإنجاز بناء على الطلب»⁽⁴⁾.

ب - آثار الموجب التابع في نظام العقد

83 - إعداد النظام القانوني للعقد.

الموجب التابع يخضع عموماً لنظام قانوني مطبق على الموجب الأصلي، فيفقد هكذا فردانيته⁽⁵⁾. على أن الوصف الموحد للعقد لا ينتكر كلياً لوجود عناصر تابعة غير متجانسة. ويتم إعداد النظام القانوني للعقد عندما تفرض ذلك الضرورات العملية، وهذا الإعداد يبقى

1950، صفحة 1154؛ S. 1951، 1، 100؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1951، صفحة 388، ملاحظة CARBONNIER؛ والمجلة الفصلية للقانون التجاري، 1950، صفحة 105، ملاحظة HÉMARDE، وصف بيع شيء مستقل وليس عقد مقالة بحجة أن قيمة المعدات كانت أعلى من قيمة العمل بعد ذاته، الفترة المدنية الأولى، 27 نيسان 1976، النشرة المدنية، I، رقم 143، صفحة 114؛ مصنف الاجتهادات التدري، 1977، II، 18635، ملاحظة J.H. يجب تحليل العقد الذي يفتشاه يقدم شخص في أن ممأ عمله وأشياء منقولة قانوناً كعقد بيع ما دام أن هذا العمل لا يشكل التابع. وهذا الحكم ملت بصورة خاصة تجاه القول المأثور المحصة الأكبر تشير إليها الحصة الأقل. وفي الواقع أصبحت، محكمة النقض، مطرورها مبدأ التابع، الوسيلة التي تقضي بأن «العقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد الأشخاص بتنفيذ عمل ما بأن يقدم في الوقت عينه عمله والمادة مقابل ثمن أعلى بكثير من ثمن التوريدات يشكل، حسب المادة 1787 من القانون المدني، عقد مقالة وليس عقد بيع». والحال أن محكمة النقض استبعدت هذه الوسيلة بعدم الأخذ بالمعيار الكمي الصرف، لاعتماد معيار نوعي. وبالتالي فإن القول المأثور التابع بالحق الأصلي هو المطبق إذ إن له مفهوماً ذاتياً أكثر تأكيداً.

(1) J. Ghestin et B. Desché، تأليف J. Ghestin، Traité des contrats، La vente (1980)، وما يليه.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 5 شباط 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 23، صفحة 16، 1986، D.، صفحة 499، تعليق J. HUET. المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، د صفحة 737، ملاحظة Ph. RÉMY. النقض التجاري في أول تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 288، صفحة 187، 1991، Dalloz، صفحة 244 من التقرير، الغرفة المدنية الثالثة، 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 257، صفحة 151، 1991، Dalloz، صفحة 281 من التقرير.

(3) النقض المدني في 20 حزيران و 4 تموز 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 195، صفحة 129، 1990، 1990، Dalloz، صفحة 246، ملاحظة G. VIRASSAMY؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 105، ملاحظة Ph. RÉMY. إضافة إلى النقض التجاري في 5 شباط 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 53، صفحة 36، 1992، Dalloz، الصفحة 112 من الملخص، ملاحظة A. BENABENT، في ما يتعلق بوصف عقد مقالة من الباطن، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 حزيران 1992، النشرة المدنية، III، رقم 187، صفحة 115.

(4) HUET، الملاحظة المذكورة سابقاً، صفحة 500، العدد الأول الفقرة ثلث الأخيرة.

(5) انظر Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 420 وما يليه، صفحة 344، وما يليها.

مع ذلك وفقاً للطابع التابع للعنصر الأجنبي عن الوصف⁽¹⁾.

وفرق الأنصبة المشروط في عقد التبادل (أو المعاوضة) بمائل بالتمن. والنظام القانوني للبيع هو الذي ينظم العنصر التابع للعقد⁽²⁾. على أن مجموعة القواعد المتعلقة بالبيع غير منقورة لأن تتفاعل مع جديد مع العقد الذي جرى تحديد طابعه التبادلي. وهكذا لا يطبق الإبطال لعلّة الغبن على التبادل مع فرق الأنصبة. ووصف عقد المعاوضة بالنسبة إلى الكل يقود إلى تطبيق المادة 1706 من القانون المدني. والنظام القانوني للعقد يعدّ فقط لأخذ الواقع في الحبان، بدون أن يتفاعل هذا التكيف مع طبيعة الموجب الأصلي ونظامه، إلا أنه يجب الاستغناء على تأثير إرادة الفريقين.

ب - دور الإرادة

84 - ضرورة أخذ إرادة الفريقين في الحبان.

لأن خاصية العقد هي إنشاء مفاعيل قانونية لالتقاء إرادتين فإن وضفه ليس فقط مسمى موضوعياً محدوداً بتحليل الموجبات التي يولدها، إذ يجب ألا نتجاهل مظهره الذاتي، ذلك بأن العقد هو أداة معدّة لإرضاء حاجات من هم أهل للحق المعبرون عنها بتبادل رضاهم. ووصف العقد لا يمكن هكذا أن يكون منفصلاً كفيّاً عن إرادة الفريقين المعبر عنها أو المفترضة. والمنفعة الاجتماعية التي يترتب بها القانون لإرادة الفريقين تفرض هذا المسمى.

وبعد أن قدّمنا تحليل السيد Terré سنبيّن أن الإرادة لا يمكن أن تكون بديلة عن عنصر أساسي أو جوهري للوصف. وهذه الاستحالة لا تمنع مع ذلك المتعاقدين من تناول العناصر القانونية للوصف لكي يطوعها بطابع أصلي أو لكي يحددوا طبيعة العقد الذي أرادوا إبرامه حقيقة.

85 - تحليل السيد Terré.

لاحظ السيد Terré أولاً أن الأوصاف ليست صلبة وأن ثمة نوعاً من عدم الدقة في تعريف المفاهيم التي تصلح كإستاد. ولأن التعاريف مجردة، وعملية الوصف تضبط وضماً واقعياً خاصاً، هناك هامش عدم يقين يمكن للإرادات الفردية أن تتصرف من خلاله. فعندما يجري الكلام على عمل الإرادات الفردية في شأن الأوصاف نتيبن إذا ما هو العمل الذي يمكن أن يمارسه هذه الإرادات بالنسبة إلى «المفاهيم» أو «الأوصاف» التي تحددها العملية أو تقولها يوماً بعد يوم⁽³⁾. ويميز المؤلف بعد ذلك هذا النمط من عمل الإرادة الذي يصفه

(1) انظر G. GOUBEAUX، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 106، صفحة 164. وكذلك D. GRILLET- PONTON، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 97، صفحة 107.

(2) B. SOUSI-346، صفحة 1037، رقم 1037، H.L.J. MAZEAUD ET M. DE JUGLART، السجلة الفصلية للقانون المدني، 1978، صفحة 273، رقم 34.

(3) R. LE BALLE، رقم 5، صفحة 4. L.G.D.J.، 1957، L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications، الأطروحة في باريس.

بالمباشر مع ظاهرات فرية كاختيار الفريقين معطيات واقعية لتجنب تطبيق نظام قانوني معين. إنه عمل غير مباشر يتناول الصفات الشرعية ما عدا حالة الغش. والصورية أو الإخفاء، بالطريقة عينها، نمط عمل غير مباشر⁽⁴⁾. وهذه الظواهر للوصف لا نلتفت انتباه السيد Terré بشكل خاص ذلك بأنه يحدد حقل دراسته بأن يطرح «المشكلة الأساسية: ما هي الإمكانيات المتاحة أمام الإرادات الفردية عندما تتجه هذه الإرادات في أن تتناول الأوصاف مباشرة؟»⁽²⁾. وباعتبار أن كل مفهوم أو وصف مؤلف من عنصر أو أكثر ومن بنية، فإن السيد Terré يتفحص في المقام الأول تأثير الإرادة الفردية في عناصر الأوصاف، ثم تأثير الإرادة الفردية في بنية الأوصاف.

إن عناصر الأوصاف يمكن تقسيمها في فئتين كبيرتين، العناصر الموضوعية (المادية والشكلية) من جهة أولى، ومن جهة ثانية العناصر الذاتية (الإرادة).

أن ما أنت به فرضية السيد Terré تركز بشكل أساسي على أنها برهنت على أن الإرادة الفردية بإمكانها أن تتناول بفعالية العناصر الموضوعية للوصف عن طريق عمل تشويهي، وعلى أن الطبيعة الموضوعية للعنصر الذي تناوله الإرادة تشكل ضماناً للهدف المنشود أكثر مما تشكل عقبة أمام هذا الهدف. وهكذا يبرهن المؤلف على أن عمل الإرادة قلّص مدى العناصر المادية في الهبة بتقسيم التركة بشكل وفير⁽³⁾. وبالطريقة عينها يمكن أن تتأثر العناصر الشكلية للوصف عندما يستبدل الفريقان شكلاً آخر بالشكل المطلوب في الأصل، حتى ولو واجها بعض الصعوبات⁽⁴⁾.

وعمل المتعاقدين الذي يتناول العناصر الذاتية للوصف هو، بالمقابل، أقل فعالية. «يستبدل» القاضي مفاهيمه الخاصة بإرادة الفريقين. وذلك هو النتيجة المحتملة لأي تفسير⁽⁵⁾. وهذه الظاهرة تكون أكثر تأكيداً بمقدار ما يكون الفريقان قد أساءا التعبير عن إرادتهما أو لم يمترا عنها، والمقصود هو الهدف المتابع⁽⁶⁾. ويخلص المؤلف من ذلك إلى أن «الطابع غير الملموس وغير التام في الغالب لأي عنصر ذاتي ينزع عن عنصر الوصف وظيفته في الضمان». . . في حين أن «الطابع الموضوعي لعنصر الوصف يمنح، على العكس، الأفراد ضماناً متيناً»⁽⁷⁾. إن عمل الفريقين التشويهي الذي يتناول الأوصاف يفترض بالتأكيد تكريس القاضي له، بيد أن حرية هذا القاضي هي أقل عندما يتعلق العمل بعناصر موضوعية خارجة عن تقديره.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 6، صفحة 5 و صفحة 8.

(2) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 7، صفحة 8.

(3) الأطروحة الآتفة الذكر، رقم 128، وما يليه، صفحة 121 وما يليها.

(4) الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 167 وما يليه، صفحة 159 وما يليها.

(5) الأطروحة الآتفة الذكر، رقم 212 صفحة 198.

(6) الأطروحة الآتفة الذكر، رقم 211 وما يليه، صفحة 189 وما يليها.

(7) الأطروحة الآتفة الذكر، رقم 352، صفحة 307.

ودور إرادة الفريقين لا يمكن بالتالي إهماله، غير أن اصطدامه بالرصف يتوقف على الظروف.

86 - لا يمكن أن تحل الإرادة محل عنصر جوهري للعقد غير موجود.

يتجاوب وصف العقد مع حاجة أمن أسرة. فلما لا غنى عنه إذا الاعتراف للتصنيفات الموضوعية سابقاً بصلابة معينة وتحديد العمل التوحيهي للإرادة بمجرد تكيف عناصر العقد مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية⁽¹⁾. وعمل الإرادات الفردية في الأوصاف ليس شرعياً إلا بهذا الشرط، وهكذا ليس في وسعها أن تتناول الموجبات الأصلية، الجوهرية موضوعياً، التي تميز هذا العقد المسمى أو ذاك، وعلى وجه الخصوص عندما يتدخل الانتظام العام⁽²⁾، إلا في حال اكتشاف قوالب عقدية ترضي حاجاتها إذا ما اهتمت بتحديد النظام القانوني الذي توخت تبينه.

إن رفع يد الواهب غير القابل للرجوع عنه هو أحد العناصر الأساسية للهبة البديوية⁽³⁾. وينجم عن ذلك أن مجرد الإمكانية المتروكة للواهب للعدول عن الهبة بإبداء لاحق لإرادته يكفي لاستبعاد وصف الهبة⁽⁴⁾. فإرادة الواهب هنا بدون تأثير في الوصف. ومن غير المهم أن يكون قد توخى تجريد نفسه طاملاً أن افتقاره قابل للرجوع عنه استناداً إلى القول المأثور «لا يستقيم الإعطاء مع الاحتجاز»⁽⁵⁾.

ويختار الفريقان إبرام عقد بيع مثلاً غير أن تفحص الاتفاقية يظهر أن شرط دفع الثمن غير مرتقب فيها. هناك إذا اعتداء على عنصر أساسي لنموذج «البيع»، فبمّ يبطال العقد أو إعادة وصفه. والعنصر الذاتي الذي كونه الإرادة غير قابل لأن يحل محل الموجب الأساسي

(1) قارن بإمكانية المتعاقدين تعديل الطبيعة المنزلة أو غير المنزلة لمال تجاه التعريف القانوني للمادة 517 من القانون المدني، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 حزيران 1991، النشرة المدنية، III، رقم 197، صفحة 115؛ Dalloz 1992، الصفحة 204 من التقرير.

(2) انظر الرقم 122 الملاحق، بالإضافة إلى Ch. LARROUMET، Les obligations: le contrat، الطبعة الثانية، 1990، رقم 635.

(3) نزح اليد هو فعلي بعد تسليم الشيك. الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 10 شباط 1993، النشرة المدنية، I، رقم 65، صفحة 43، «الهبة البديوية لمبلغ من العملة بتسليم شيك مصري تحقق التسليم الصرف بنزع اليد غير القابل للرجوع عنه للناصب المستفيد الذي يكتب فوراً ملكية الموزعة».

(4) الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 17 نيسان 1985، النشرة المدنية، I، رقم 117، صفحة 109؛ Dalloz 1986، صفحة 21، تعليق M. MULLER، الصفحة 316 من التقرير، ملاحظة M. VASSEUR؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 400، رقم 4، ملاحظة J. PATARIN. تحويل الواهب مبلغاً إلى الشريك الذي هو شريك فيه لا يشكل تسليماً حقيقياً لأنه يبقى حراً في سحب الأموال المدفوعة. الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 314، صفحة 278؛ Dalloz 1986، الصفحة 140 من التقرير. «الهبة البديوية لمبلغ من العملة عن طريق شيك تفرغ من لكي يكون هناك تجريد حالي وغير قابل للرجوع عنه من قبل الواهب. وجود مؤونة (مقابل الوفاء) يكتب المستفيد من الهبة الملكية لمقتضاء».

(5) الهبات الجارية بين الزوجين، خلال الزواج، هي وحدها القابلة للرجوع عنها.

الذي يميز عقد البيع⁽¹⁾.

إن اتفاقية موصوفة بإدارة إيجارية يجب أن يعاد وصفها كمعقد إيجار أمكنة تجارية طالما أن المؤسسة التجارية لدى إبرام العقد كانت غير مستمرة ولم يكن هناك أي زبون يمكن نقله إلى المستأجر ولا تهم اشتراطات الفريقين⁽²⁾.

ويطبق نظام الإيجارات التجارية على نظام الإيجارات للأراضي غير العينية التي تتم عليها، قبل توقيع العقد أو بعده، تشييد أبنية لاستعمال تجاري أو صناعي أو حرفي⁽³⁾. وإيجار قطعة أرض تشاد عليها أبراج أسلاك ومساعد للتزلج راسية في الأرض غير خاضع للنظام الذي لا يطبق على تجهيزات كهذه، ولا يمكن بالتالي أن يوصف بإيجار تجاري، حتى ولو كان الإيجار لشركة تجارية هدفها الوحيد استثمار هذه التجهيزات⁽⁴⁾. إن طبيعة الأبنية وحدها هي الهامة لوصف الإيجار التجاري في هذه الحال.

87 - في وسع الإرادة أن تجعل من موجب تابع موجباً أصلياً لأنها معيار التابع.

عندما تظهر دراسة العقد وصفين ممكنين، كالبيع والتبادل أو إيجار العمل والبيع، تؤخذ إرادة الفريقين في الاعتبار⁽⁵⁾. فقد سبق أن رأينا أن القول المأثور القسم الأكبر يشد إليه القسم الأقل لم يطبق بصرامة⁽⁶⁾. ولا يمكن أن يكون معيار التابع ذا طابع كمي حصراً. فحيداً حرية الاتفاقيات يتعارض معه، عند وجود قاعدة من الانتظام العام. والمعيار الكمي للتابع ينبغي أن يكون فقط مؤشراً منسجماً مع الهدف المتابع من قبل الفريقين⁽⁷⁾، وهكذا عندما لا يكون عدم التناسب بين الموجبات في حده الأقصى يصبح بإمكان المتعاقدين أن يطعموا اتفاقيتهم بالصفة التي تتجاوب مع الهدف الذي يتوخونه. يتج عن ذلك أن البحث عن إرادة الفريقين هي مؤشر إضافي حتى حاسم لتطبيق وصف العقد⁽⁸⁾.

وقد تفحص السيد Goubeaux بصورة خاصة فرضية إيجار العمل وبيع شيء مستقبلي.

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 آذار 1981، النشرة المدنية، III، رقم 56، صفحة 142؛ Dalloz 1981، الصفحة 442 من الغفر، ملاحظة Ch. Larroumet الذي لاحظ أن الوصف لا يتوقف على مجرد إرادة الفريقين، وإنما على عناصر موضوعية مستمدة على وجه الخصوص من القانون ولا تأثير لتدخل المتعاقدين فيه.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 حزيران 1975، النشرة المدنية، III، رقم 204، صفحة 157.

(3) المادة الأولى 2 من المرسوم رقم 53 - 980، تاريخ 30 أيلول 1963.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 آذار 1988، النشرة المدنية، III، رقم 57، صفحة 32. بالإعانة إلى محكمة باويس، 30 كانون الثاني 1957، الاجتهاد الفرنسي، الجزء III، ٧، العقود والاتفاقيات، رقم 285، صفحة 1586.

(5) انظر النقض التجاري في 13 أيار 1981، مجلة قصر العدل، 18 - 19 كانون الأول 1981.

(6) انظر الرقم 82 الألاح.

(7) انظر النقض في مناسبة عريضة 25 شباط 1908، بوميات المكتبة العدل 1908، البند 29415، صفحة 687، الطابع التابع للشرط يحدد إرادة الفريقين المشتركة.

(8) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 13 أيار 1981 المذكور سابقاً.

ملاحظ، عندما يتم الارتباط بالهدف الذي يتابعه الفريقان، إن «العنصر التابع يتابع في النهاية الهدف عنه الذي يتابعه العنصر الأصلي، إلا أنه ليس في وسعه الوصول إليه إلا بصورة غير مباشرة من خلال خدمة الأصلي». ويخلص المؤلف إلى أن «وصف العقد يتوقف إلى حد كبير على الهدف الذي يتابعه الفريقان»... «والمقارنة بين قيمة العمل وقيمة المادة المقدمة هي بالتأكيد في هذا الصدد مؤشر هام. غير أنها ليست مع ذلك معيار التايغ»⁽¹⁾.

وعدم تناسب الهام بين الموجبات له، بالمقابل، مفعول إلغاء إحدى غايتي التخيير، فيعدو أحد الوصفين المعنيين مستحيلاً لأن العنصر الجوهرى لهذا الوصف ترتبي إلى درجة أنه يصبح معدوماً، ومن المعروف في هذه الفرضية أن الإرادة لا يمكنها أن تحل محل العنصر الناقص. ومن غير المفيد بالتالي التساؤل حول الهدف الذي يتابعه الفريقان، إلا من أجل وصف العقد من جديد أو في سبيل إبطاله. وإرادة الفريقين لا تأثير لها في تسمية العقد إلا أن يظهر نزاع حول الوصف.

88 - يمكن أن تكون الإرادة المعيار الحاسم للوصف.

ليس العقد مجرد اجتماع عناصر موضوعية. فإرادة الفريقين، عدا أن بإمكانها القيام بدور معين في تحديد هذه العناصر، غالباً ما تظهر كعنصر للوصف. فالإرادة ليست أبداً عنصراً خارجياً. إنها موضوعة على الصعيد ذاته كالعناصر الموضوعية حتى أنه يمكن أن يكون لها دور مرجح⁽²⁾. وهكذا لا يثبت مجرد تسليم شيء ما طبيعة العمل الذي بموجبه تم التسليم⁽³⁾. هل أن الفريقين نوعياً إبرام هبة أم قرض؟ إن الإجابة وحدها على هذا السؤال تتيح وصف العقد.

والإرادة يمكن أن تكون أيضاً معيار وصف أكثر خصوصية ما دام أن العناصر

(1) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، رقم 153.

(2) انظر على سبيل المثال النقض الاجتماعي، 5 كانون الأول 1958، النشرة المدنية، 17، رقم 1312. صمحه 1008، ردت محكمة النقض بعض صيغة «أن تقرأ محكمة (الاستئناف)، المسمى على إرادة الفريقين ذاتها كتب حاسم لفظة الاتفاقية، «سواء قانوناً (لإيجار شفهي لمدة غير محددة أو اتفاقية إشغال زمني)» والسك إلى «صف «إبداع مأجور» لعقد حراسة سفينة في مرفأ تزقيع يرتكز على نية الفريقين، النقض التجاري في 13 كانون الأول، 1982، النشرة المدنية، 17، رقم 405، صفحة 337، المحلة المعنية للقانون التجاري، 1984، صفحة 517، رقم 15.

(3) إشارات تسلم المال إلى أحد الأشخاص لا يكفي، بالنسبة إلى محكمة النقض، لتسويج موجب هذا الشخص في رد الأموال التي تسلمها، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 نيسان 1993، النشرة المدنية، 1، رقم 141، صفحة 94 - الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 4 كانون الأول 1984، النشرة المدنية، 1، رقم 324، صفحة 276، المحلة المعنية للقانون المدني، 1985، صفحة 733، ملاحظة J.MESTRE - الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 2 تموز 1980، Dalloz 1980، الصفحة 544 من التقرير؛ النشرة المدنية، 1، رقم 208، صفحة 170 - 20 أيار 1981، Dalloz 1983، صفحة 289، تعليق DEVEZER. يستفيد المتع من التسليم من قرينة ملكية مبنية على المادة 2279 من القانون المدني، بدون أن يكون حلفاً بإقامة السب القانوني لخلل القيمة. انظر أيضاً تكوين العقد، الرقم 460.

الموضوعية التي يفرضها القانون لتبني وصف أعم قد اجتمعت. وقد حُكم بأن معيار إجارة «لا يحدده الاستعمال الذي لجأ إليه المستأجر للشئ» المؤجر، وإنما المقصد الذي أعطاه له الفريقان المتعاقدان⁽¹⁾. وبالتالي، إذا كان وجود شيء معين في تمتع مقابل بدل إيجار، فإن إرادة الفريقين هي التي يجب الرجوع إليها لمعرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بإيجار لاستعمال سكني، أو بإيجار مختلط، أو بإيجار لاستعمال تجاري. فالإرادة في هذه الحالة هي معيار الوصف.

والبحث عن إرادة الفريقين الحقيقية، في غياب تعبير شكلي، هي عمل كيفي من قبل القاضي. فدور القاضي، كما يبين أحد المؤلفين، يبدو مرجحاً. أنه يختار من بين اشتراطات العقد الاشتراط الذي يبدو له صحيحاً ويتجاهل الشروط الأخرى التي يمكن أن تكون لها أهمية حاسمة⁽²⁾، بدون أن تمارس محكمة النقض رقابتها. إن مسألتي التبة والإرادة تعودان لمجال الواقع وليس لمجال القانون فهما هكذا بمنجى من رقابة محكمة النقض⁽³⁾، وذلك بأن تحديد طبيعة الاتفاقية يتوقف جزئياً على إرادة المتعاقدين، وعلى قاضي العجلة الذي يراجع لتطبيق المادة 809 من مدونة الإجراء المدني الجديدة (أصول المحاكمات المدنية) أن يعلن عدم اختصاصه، وتحديد طبيعة العقد ينشئ نزاعاً جدياً⁽⁴⁾.

إن احترام إرادة الفريقين الحقيقية يتوقف في الواقع على تحديد التعابير التي يستخدمها المتعاقدان ويختارانها، ذلك بأن قضاة الأساس هم أمياد في تفسير اتفاقيات الفرقاء، ومن غير المسموح لهم تشويهاها عندما تكون واضحة ومحددة بدقة⁽⁵⁾.

وهكذا يتم البحث عن الموجبات الأساسية للعقد عن طريق معايير مختلفة ومنها الإدارة. على أن هذا البحث يبدو أحياناً غير كافٍ لتحديد الوصف ويقود ضرورياً الاهتمام ببنية العقد.

الفقرة 2 - بنية العقد

89 - ليس العقد مؤلفاً من أركان وحسب. فالعناصر المعتمدة متحدة برباط، ببنية تحدد بدقة طبيعة العقد. «هذا الرباط هو الذي يؤمن تماسك المجموعة»⁽⁶⁾. ويمكن أن

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1976، النشرة المدنية، III، رقم 255، صفحة 196. وترتبط هذه المسألة بمسألة أوتة تقدير الوصف، انظر الرقم 111 اللاحق وما يليه.

(2) Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 213 وما يليه، صفحة 188 وما يليها.

(3) انظر J. Boré، La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة Ph. Raynaud، رقم 1524 وما يليه، صفحة 483.

(4) النقض التجاري في 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 45، صفحة 31.

(5) J. Boré، La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P. RAYNAUD، رقم 1228 وما يليه، صفحة 415، رقم 1399، صفحة 462، ولا سيما رقم 2306 وما يليه، صفحة 688 وما يليها.

(6) انظر الرقم 23 السابق. انظر حول العلاقات بين نظرية التشويه وسلطة وصف القاضي، الرقم 119 اللاحق.

(8) Fr. TERRE، Volonté et qualification، in archives philosophiques du droit، 1957، صفحة 114. ويلاحظ المؤلف أنه لا يكفي في حالة البيع أن نكون أمام موضوع وأمام ثمن وأمام نقل ملكية. ينبغي كذلك أن =

تكون نتيجة العقد تبني وصف وحيد أو توزيعي، ولا يمكن أن تكون جمعية⁽¹⁾. فنية الاتفاقية، بصورة أكثر تركيياً، تحدد وصفاً مسمى أو وصفاً غير مسمى.

I - فئتي المسماة

90 - يوفر القانون المدني والقوانين الخاصة اللاحقة للمتعاقدین بعض البنى المعدة لإرضاء حاجاتهم. ووصف العقد حصري. على أنه بإمكان المتعاقدين جمع عقود مسماة مختلفة بدون أن يكون لذلك مفعول إنشاء نموذج عقدي جديد⁽²⁾، فيكون وصف العقد توزيعياً.

أ - الأوصاف المسماة المانعة

91 - اللانقسامية هي معيار الأوصاف المسماة المانعة.

خاصة الأوصاف الموحدة أن تكون مانعة. وهكذا يقود الاعتراف بالطابع التابع للموجب إلى الاعتراف بوصف موحد لأنه يخفي أحد الموجبات المنبثقة عن العقد. وهكذا تظهر العلاقة بين الأصلي والتابع إلى حد ما بنية موحدة بشكل أساسي للوصف.

بيد أن العقد ينشأ عموماً عدة موجبات بدون أن يكون بالإمكان تقليص عددها عن طريق الاستبعاد⁽³⁾، ويؤمن اجتماعها الأصالة. وثمة رباط بين هذه الموجبات ما هو إلا اللانقسامية. فاللانقسامية عامل وحدة. «عند قيام رباط لانقسامية بين عدة عناصر يؤدي تنسيق كلها إلى وصف محدد للمجموعة»⁽⁴⁾. - وينجم عن ذلك تطبيق نظام قانوني موحد⁽⁵⁾.

ومفهوم اللانقسامية يستخدم أيضاً لتحديد امتداد البطلان الذي يتناول العقود المعقدة (أو الموكبة) أو مجموعة عقود⁽⁶⁾، وفي قانون الإجراء المدني (أصول المحاكمات المدنية) لتحديد امتداد النقص⁽⁷⁾. غير أن مجرد كون البطلان نتيجة اللانقسامية لا يستدعي بسبب ذلك وصفاً موحداً. وكما لاحظ السيد Terré «لا تصلح التقنية القانونية للانقسامية فقط لجعل مصير عقدين مشتركاً»: إنها تتيح أيضاً تعديل وصف العقدين»⁽⁸⁾. - فوظيفتها مزدوجة

■ يتناول النقل الموضوع وأن يصلح الثمن كقابل لهذا الموضوع. L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, رقم 353 وما يلي.

(1) Ph. Malaurie et L. Aynès، المذكورة آنفاً، رقم 14.

(2) انظر بهذا المعنى Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 593، صفحة 471.

(3) انظر Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 485 وما يلي، صفحة 390 وما يليها، وكذلك D. Grillet - Ponton، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 102، صفحة 113.

(4) Fr. Terré، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 481، صفحة 387.

(5) Fr. Terré، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 485، صفحة 390.

(6) انظر تلاشي العقد.

(7) المادة 623 والمادة 624 من مدونة قانون الإجراء المدني الجديدة.

(8) Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 500، صفحة 401 وصفحة 402. يتبنى المؤلف حول هذه النقطة، تحليل BOULAËR في «Usage et abus de la notion d'indivisibilité dans les actes juridiques».

إذن. وشدد Boulanger على أن «اللائقاسامية تارة (إذا) تعود إلى الموضوع أو طبيعة عملية ما، إنها تصلح بالتالي لتحديد مفاعيلها، وطوراً هي طريقة معينة لما كان يتوخاه الفريقان: إنها تصلح إذا لتحديد امتداد بطلان ما»⁽¹⁾.

واللائقاسامية يمكن أن تكون موضوعية أو ذاتية، بيد أنها سيكون لها دائماً مفعول الاعتراف للعقد بوصف موحد.

92 - اللائقاسامية الموضوعية.

تكون اللائقاسامية موضوعية عندما يعتبرها المشرع معياراً للوصف ويمكن إثباتها بقطع النظر عن إرادة الفريقين. وهذا ما شدد عليه القانون الضريبي كما تشهد على ذلك صيغة حكم، فندم بالتأكيد، صادر عن غرفة المرائض بتاريخ 5 أيار 1907⁽²⁾، وبمقتضاء «لا يكفي أن تكون الأحكام المختلفة للعقد مترابطة في نية الفريقين المتعاقدين؛ يقتضي أيضاً أن تشترك هذه الأحكام، المنظور إليها تجريدياً، في تكوين عقد أصلي وتشكل فيه عناصره المتلازمة والضرورية»⁽³⁾. واللائقاسامية الموضوعية، كما في البطلان⁽⁴⁾، تنجم إلى حد ما عن طبيعة الأشياء.

وتجلى اللائقاسامية الموضوعية على وجه الخصوص في العقود الملزمة للطرفين حيث تنصهر بقوة في ارتباط معين⁽⁵⁾، وبصورة أخص في العمليات القانونية المعقدة التي يعترف بها القانون.

وتنص المادة 17 - 1 من قانون 6 تموز 1964 على أن عقود الاندماج في الزراعة هي العقود التي «تحتوي موجباً متبادلاً في تقديم المنتوجات والخدمات». ووجود مجموعة الموجبات المتبادلة هذا بين المنتج الزراعي والمندمج هو الذي يتيح تبني وصف عقد الاندماج⁽⁶⁾. وتبادلية الموجبات وارتباطها إظهار لللائقاسامية الموجودة بين الموجبات المختلفة التي يسطع بها كل فريق.

* المحلة الفصلية للقانوني المدني، 1950، صفحة 1 وما يليها، ولا سيما الرقم 6.

(1) المرجع عينه، رقم 4.

(2) Dalloz 1908، 1، 209؛ Sirey 1909، 1، 46، يوميات الكتابة العدل 1908، البند 29184، صفحة 104.

(3) لاحظ BOULAËR إن هذا الحل المبني وفقاً للمادة 11 من قانون 22 فريير، العام (7)، (أصبح اليوم المادة 671 من القانون العام للضرائب الذي بمقتضاه «عندما توجد في عمل ما، مديناً كان أم قسالياً أم غير قضائي، عدة أحكام مستقلة أو غير مشتقة بالضرورة أحدها عن الآخر، تتوجب على كل منها، حسب نوعه، ضريبة أو رسم خاص») تفسره ولا ريب ناجم عن اعتبارات ضريبية، ولكنه يعترف بأن تعليم القانون الضريبي لم يكن من السهولة به (المرجع عينه، رقم 6).

(4) انظر تلاشي المقد.

(5) Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 515 وما يليه، صفحة 412 وما يليها ولا سيما الرقم 520، الصفحة 416 والصفحة 417.

(6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 24 صفحة 16 =

ويتجلى وجود رباط اللأانقسامية كميّار للوصف إذا ما تفحصنا الفقرة 2 من المادة 17 - 1 من قانون 6 تموز 1964 التي تنص على ما يلي: «تعتبر عقود اندماج عقود الاتفاقات أو الاتفاقيات المنفصلة التي تبرمها عدة مقاولات صناعية أو تجارية مع المنتج الزراعي ذاته أو مع مجموعة منتجين زراعيين ويؤدي اجتماعها إلى الموجب المتبادل المنصوص عليه في الفقرة المذكورة أعلاه»⁽¹⁾. واللأانقسامية هنا أكثر بروزاً لأنها تدخل عدة اتفاقيات، يتميز نظرياً بعضها عن بعضها الآخر. وتبقى طبيعة اللأانقسامية موضوعية ما دام أن النتيجة الحاصلة هي المأخوذة في الاعتبار بدون مراعاة الإرادة التي عبر عنها الفريقان⁽²⁾.

وينشأ المشرع أحياناً عقوداً لأانقسامية من أجل معالجة المفاضيل المنحرفة بتطبيق مبدأ المفعول النسبي للعقد الذي يستبعد بذلك وصفاً توزيعياً.

وهذه هي الحال في القانون رقم 78 - 22 بتاريخ 10 كانون الثاني 1978 المتعلق بإعلام المستهلك وحمايته في مجال بعض عمليات الائتمان الذي جرى دمجه في قانون الاستهلاك. وهذا القانون ينظم عقد القرض للاستهلاك بخلق لأانقسامية قانونية بين عقد القرض وعقد البيع في حال فسخ العقد الأصلي أو إبطاله (المادة 9 التي أصبحت المادة 311 - 21 ما من قانون الاستهلاك)، وقد أنشأ المشرع بالجوء إلى تقنية اللأانقسامية وصفاً موحداً جليداً. فأقام القانون رقم 79 - 596، تاريخ 13 تموز 1979، للمتمتع بإعلام المقترضين وحمايتهم في الشأن العقاري، المقنن أيضاً، لأانقسامية قانونية بين عقد القرض وعقد البيع، غير أنها محدودة بشكوك العقد. إلا أن الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض منذت، في أول كانون الأول 1993، مدى النص إلى التنفيذ العقد معتبرة أن الإيجاب، استناداً إلى أحكام المادة 9، الفقرة الأولى، من قانون 13 تموز 1969 (السادة 312 - 12 بأن قانون الاستهلاك)، يجري قبوله دائماً تحت شرط فاسخ لعدم إبرام العقد الذي تم طلب القرض بموجبيه، في مهلة أربعة أشهر من تاريخ قبوله... «وأن عقد البيع، بسبب مفعوله المرجعي المرتبط بفسخه القضائي، كان يفترض أنه لم يبرم على الإطلاق بحيث أن القرض كان مفسوخاً بحكم القانون»⁽³⁾.

ويتدخل المشرع أيضاً لإنشاء نموذج اتفاقية جديد يأخذ وصفها نظرياً عن عقدين

⁽¹⁾ - 27 تشرين الثاني 1985 النشرة المدنية، I، رقم 323، صفحة 286 - 7 تشرين الأول 1980، مجلة قصر العدل، 5 شباط 1981، 17 شباط 1981، مجلة قصر العدل، 24، 9، 1981، 16 حزيران 1981، مجلة قصر العدل 28 كانون الثاني 1981 - 1 تموز 1978، مجلة قصر العدل، 2 كانون الأول 1978 - 5 كانون الثاني 1978، مصنف الاجتهادات الدوري 1978، II، 19030، ملاحظة J. PRÉVAULT.

(1) انظر بالنسبة إلى التطبيق الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، I، رقم 263، صفحة 252.

(2) انظر حالة لم يؤخذ فيها بالأانقسامية فيها ما كان يستبعد وصف عقد الاندماج، الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1988، النشرة المدنية، I، رقم 363، صفحة 246.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 355، صفحة 248 مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، II، تعليق C. JAMIN.

متميزين. وذلك أيضاً إظهاراً للأنقسامية. وهكذا جمّع القانون رقم 84 - 595، تاريخ 12 تموز 1984، الذي يعترف بالإجارة الانقسامية بالملكية العقارية، موجبات تنشأ عن البيع أو الإجارة في صميم فئة تخضع لنظام قانوني موحد.

93 - اللّانقسامية المالية.

تسمى اللّانقسامية ذاتية عندما تنتج عن إرادة الفريقين. وهي تجري «تقليصاً»⁽¹⁾ بين موجبات متنوعة أو اتفاقيات متميزة نحو عقد مسمى حادي. إنها تنتج إذا مفاعيل متكافئة بشكل ملموس مع المفاعيل الناتجة عن تطبيق قاعدة التابع⁽²⁾. وهي لا تُفترض لأنها تترقب على إرادة الفريقين وليس على طبيعة العقد⁽³⁾.

ومفهوم اللّانقسامية استخدمه الاجتهاد على وجه الخصوص في مجال التبرعات بين الزوجين للأخذ بوصف الهبة المسترة. إن أحد الزوجين يأمل، عملياً، التبرع للآخر بإعطائه عقاراً، بيد أنه لم يملكه بعد، ولتحقيق هذه العملية يعطي الواهب زوجته (أو الواهب زوجاً) أموالاً في يوم البيع الذي يبرم مباشرة لصالح المستفيد، بدون أن يظهر اسم الواهب. إن ذلك هو الفرضية التقليدية للهبة في صورة بيع⁽⁴⁾. وقد طرحت مسألة معرفة ما إذا كانت الهبة تتناول الأموال أو العقار. فحكمت محكمة النقض، في حكمها الصادر في 30 نيسان 1941، بأن الهبة، عندما تشكل كلاً غير قابل للانقسام عن العقد، المعدّ في نية الفريقين المشتركة لإخفائها، فإن هذا العقد يتناوله البطلان أيضاً في العلاقات بين الزوجين⁽⁵⁾. ينجم عن ذلك أن موضوع الهبة كان العقار. وعقد البيع كان مستتراً لصالح وصف وحيد مبني على فكرة اللّانقسامية، بحيث أن العقار، في حالة إبطاك الهبة، هو الذي يعود إلى الاندماج في ذمة الواهب المالية. ولهذا الحل سيئة كبرى بالنسبة إلى مكتسب الملكية من الباطل عندما يكون العقار الموهوب قد جرى التصرف به: بسبب المفعول الرجعي الذي ينتجه

(1) التعبير هو J. VOIRIN، تعليقات في مصنف الاجتهادات الدوري، II، 1727، على النقض المدني بتاريخ 30 نيسان 1941، ومصنف الاجتهادات الدوري، II، 1947، 3719، في شأن نقض في مناسبة عريضة 18 شباط 1947.

(2) ليس هناك مع ذلك أي رابطة بين مفهوم التابع ومفهوم اللّانقسامية. وبين السيد Terré أنه «يمكن أن تكون ذمة لانقسامية بدون رباط التصاق. وبالعكس لا يفترض طابع التابع بالضرورة وجود رباط لانقسامية» (الأمروحة المذكورة سابقاً، رقم 485، صفحة 391).

(3) Fr. TERRÉ، الأمروحة المذكورة سابقاً، رقم 488، صفحة 392.

(4) انظر Fr. TERRÉ، الأمروحة الآتية الذكر، رقم 490 وما يليه، صفحة 393 وما يليها، والتعليق رقم 62 - المجلة السنوي، 1950، صفحة 1 وما يليها، ولا سيما الرقم 7 وما يليه.

(5) النقض المدني في 30 نيسان 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1941، II، 1727، تعليق Voirin؛ 1942، D.C.، صفحة 6، تعليق M.N.، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1940 - 41، صفحة 629، ملاحظة R. SavaTier. وكذلك النقض المدني في 23 أيار 1882، Dalloz، الدوري 1883، 1، 407، 1883، 5، 172؛ بوميات الكتابة العدل، 1882، البند 22804، صفحة 848.

الإبطال⁽¹⁾، يصبح المكتسب من الباطن مجرداً من ملكية العقار. ولذلك تدخل المشتري بإدراج المادة 1099 - 1 في القانون المدني ويمقتضاها: «لا تعود الهبة» عندما يكتسب أحد الزوجين ملكية مال یا أموال أعطاه إياها الآخر لهذه الغاية، سوى نقد ولا يكتسب مالا استخدماه. وهكذا استبعد المشتري فكرة اللأانقسامية في هذا المجال الخاص، إلا أن الاجتهاد رفض امتداد تطبيق هذا النص على الهبات في صورة بيع المعقودة بين خليلين⁽²⁾. تبقى اللأانقسامية الذاتية إذاً معيار الوصف الوحيد «للحبة المشتركة».

على أنه ينبغي أن لا نخلص إلى أن المادة 1099 - 1 من القانون المدني أصبحت تحرم وصف الهبة المسترة بين الزوجية من فائدتها. فهذه الهبات تبقى محظرة بخلاف الهبات غير المباشرة والهبة البدوية؛ إنها تعاقب بالبطلان. وينتج عن ذلك أن هبة النقود، وليس المال تطبيقاً للمادة 1099 - 1، هي نفسها باطلة⁽³⁾. على أن مفهوم الإخفاء يبقى، في مجال التبرعات بين الزوجين، مقتصرأ على هذه اللأانقسامية. وفي الواقع حددت محكمة النقض في أول الأمر أن تعريف الإخفاء هو متر كاذب لمصدر الأموال⁽⁴⁾. ثم أخذت، منقبة تحليلها، بتعريف أكثر وثاقاً بالإخفاء: «لا يمكن أن تكون ثمة هبة مسترة... إلا أن يحوي العقد تأكيدات كاذبة تتعلق بمصدر المال»⁽⁵⁾. وإرادة الفريقين المشتركة في الهبة لا تكفي إذاً لاعتماد وصف «الهبة المسترة».

وإظهار اللأانقسامية الذاتية نادر في ما يتعلق بوصف العقد⁽⁶⁾، ذلك بأنه غالباً ما يكون من المستحيل التمكن لأحد الموجبات الناشئة عن العقد أو إيجاد اتفاقية هي جزء من مجموعة

(1) Ph. MALAURIE, Successions et libéralités, محاضرات 1978 - 1980، المحاضرات في القانون، صفحة 472.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 تشرين الأول 1977، 1978 Dalloz، 290، تعليق - POISSON DROCOURT - الغرفة المدنية الأولى، أول آذار 1978، 1978 Dalloz، صفحة 468 من التقرير، ملاحظة D. MARTIN، فهرس Defrénois، 1978، البند 31828، رقم 59، صفحة 1142، ملاحظة CHAMPENOIS.

(3) انظر ملاحظة P. PATARIN في المجلد الفصلية للقانون المدني، 1985، على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 نيسان 1984 (النشرة المدنية)، I، رقم 139، صفحة 116 مصنف الاجتهادات الدوري، طبعة 1985، صفحة 26، تعليق R. J. R.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 نيسان 1984، محكمة باريس، الغرفة الأولى، 20 آذار 1985، 1985 Dalloz، الصفحة 409 من التقرير.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 4 - 21 تموز 1987، النشرة المدنية، I، رقم 243، صفحة 178 - 8 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 311، صفحة 212 - 7 شباط 1989، النشرة المدنية، I، رقم 71، صفحة 46 - 14 حزيران 1989، النشرة المدنية، I، رقم 236، صفحة 157 - 11 حزيران 1991، 1992 Dalloz، صفحة 198 من التقرير.

(6) انظر مع ذلك حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 8 كانون الأول 1966، النشرة المدنية، IV، رقم 935، صفحة 783، وصف موحد لإيجار لاستعمال سكني في ما يتعلق بـمكان لاستعمال سكني ومرآب مبني على إرادة الفريقين المشتركة، واستبعاد وصف عارية الاستعمال في ما يختص بإشغال المرآب وحده.

أوسع، فالتركيب يبدو مستحيلاً وتكون اللاأنقسامية بصورة أساسية أداة معلقة لتحديد امتداد إبطال العقد أو مجموعة العقود. وبالتالي يتجه القاضي نحو وصف توزيعي.

ب - الأوصاف العممة التوزيعية

94 - يجمع عقد ما بين عدة موجبات أصلية تعود لأوصاف عممة مختلفة، بدون أن يكون بالإمكان⁽¹⁾ أو من الأمور⁽²⁾ التصرف عن طريق التقليل أو الضم أو تبني وصف موحد؛ وثمة وصف مختلط مسمى. فوصف العقد يكون إذاً توزيعياً، لأن وصفاً ما لا يمكن أن يكون جمعياً⁽³⁾، ولن يسوّغ اللجوء إلى غير المسمى إلا أن يبدو هذا النموذج للوصف مستحيلاً⁽⁴⁾.

ولا يتوقف الوصف التوزيعي أو المختلط على الوثيقة (instrumentum) التي نشأت الاتفاقية - أنه يستدعي فقط استقلالية حقيقية لعناصره ويسوّغ، في غياب إرادة الفريقين المناقضة، بغنى الوقائع المقصود وصفها، كما يبين ذلك Planiol.

95 - تأثير الوثيقة.

يمكن أن تحوي الوثيقة عليها عدة اشتراطات تعود لعقد متميزة. ولن ينتج عن ذلك وصف وحيد. فقد حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بأن «المحكمة التي بينت العناصر المميزة لعقد مختلفة لا يسوّغ لها، بحجة أنها تشكل موضوع عقد واحد، أن تفسر أن الاتفاقية الحاصلة تتمثل من القواعد التي تسوس هذه العقود المختلفة»⁽⁵⁾. مما يعني أن جمع اشتراطات في العقد ذاته ليس في ذاته عامل وحده يؤدي إلى وصف حتمي ونظامي أو وصف غير مسمى⁽⁶⁾. وذلك أيضاً إنكار دور راجع للأنقسامية المادية في وصف العقد⁽⁷⁾.

(1) الموجبات المديدة لها إذاً أهمية نوعية أو كمية متساوية.

(2) مما لا طائل تحته أحياناً البحث عن وصف موحد يؤدي إلى تطبيق نظام قانوني عادي. وكما لاحظ Planiol في بداية هذا القرن «ليس هناك أي منفعة في الحصول على وحدة منهجية بالنسبة إلى عقد مركب بطبيعته. فاليساطة الحاصلة خالصة لأنها لا تتوافق مع الوقائع» (تعليق على حكم النقض المدني في 18 تشرين الأول 1911، Dalloz المجلد 1، 113).

(3) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS المذكورين سابقاً، رقم 14.

(4) انظر بهذا المعنى الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1952، Dalloz 1953، صفحة 333، تعليق R. SAVATIER.

(5) 19 كانون الأول 1952 المذكور سابقاً. وفي الانتهاء عينه النقض المدني في 13 كانون الأول 1929، النشرة المدنية، رقم 202، صفحة 400 (رعد أحادي الجانب بالبيع وإلجاء هما اتفاقان مميزان بشكل أساسي عندما تبتان في وثيقة واحدة) - النقض المدني في 19 كانون الثاني 1930، النشرة المدنية، رقم 21، صفحة 44.

(6) انظر D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 99، صفحة 110.

(7) تارن بحكم الغرفة المدنية الثالثة، 7 تموز 1993، النشرة المدنية، III، رقم 109، صفحة 72، الذي رأى أن محكمة الاستئناف «أخذت بصواب بأن عقد إلجاء وحيد لا يكفي لكي يتاح للسناجر الأصلي الحصول على تجديد إلجاءه بكامله».

والأمر لا يتعلق إلا بمؤشر بين غيره⁽¹⁾ في البحث عن الهدف الذي يتابعه الفريقان. وبالعكس يمكن أن تتضمن عقود مختلفة اتفاقية وحيدة إذا كانت تمثل إرادة الفريقين⁽²⁾.

96 - استقلالية أركان العقد.

تطرح مسألة الوصف التوزيعي أو الموحد على وجه الخصوص في مجال بيع أشياء معدة للصنع. وينبغي الافتراض أن مقاولاً يبيع شيئاً سيصنعه مع معدات يقدمها. ونقل الملكية يعود للبائع، بيد أن العمل المنجز يعود لعقد المعاولة. والنزاع في الوصف يمكن أن يبرز إذاً ولا سيما إذا وفقتا بين المادتين 1711 و 1787 من القانون المدني. والنص الأول لا يتعلق إلا بعمل المقاول. أما النص الثاني فيرتب فرضية توريد المعدات من قبل المقاول. والنزاع في الوصف ليس ممكناً هنا إلا بسبب استقلالية كل ركن من أركان العقد الذي يعود إلى عقد خاص سبق أن كان مسمى. وهذه الاستقلالية تستدعي بالطبع أن تكون الموجبات الأساسية لتبني كل وصف مجتمعة مما يستتبع أي تأثير للموجبات التابعة.

إن بعض المؤلفين، باستيحاء الأعمال التحضيرية لوضعي مدونة القانون المدني ونيتهم، أخذ بوصف موحد للعقد عندما يقدم المقاول في الوقت عينه المادة والعمل: أي البيع⁽³⁾. ومن الممكن كذلك أن يكون هناك وصف موحد للعقد بالرجوع إلى قاعدة التابع⁽⁴⁾.

وجرى تقديم حل آخر يتمسك بوصف مختلط، فيعود العقد إذ ذاك إلى البيع وإلى إيجار العمل. وقد دافع عن هذا الرأي في أول الأمر Aubry و Rau وفي عرفهما يجب الأخذ بمعيار زمني. فالاتفاقية قبل التسليم تكون خاضعة لقواعد عقد المعاولة، وبعد ذلك، لدى حصول هذا الحدث، تكون قواعد البيع وحدها مذكورة للتطبيق⁽⁵⁾. وهذا المذهب لم يكن له صدى في الاجتهاد⁽⁶⁾. ثم قدم Rouast رأياً آخر ينضم إلى التحليل الأعم ل Planiol في

(1) انظر B. TEYSSIE, Les groupes de contrats, 51, رقم 50 و 51، صفحة 24 وصفاً 25. J.M. Mousseron, رقم 50 و 51، صفحة 24 وصفاً 25.

(2) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 21 شباط 1957، النشرة المدنية، IV، رقم 205، صفحة 141، محكمة Aix...، الغرفة الأولى، 27 تشرين الثاني 1956، مصنف الاجتهادات الدوري، 1957، II، 10046، تعليق J.C. Laurent.

(3) انظر بالنسبة إلى عرض هذا التحليل PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français الجزء XI، العقود المدنية، القسم الثاني، 1954، L.G.D.J.، عقد المعاولة، تأليف Rouast، رقم 912، صفحة 146، والتعليق 2.

(4) انظر الرقم 82 السابق وكذلك Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المذكورين سابقاً، رقم 74.

(5) الطبعة الثانية، تأليف BSMEIN، 1947، الغرفة 374، الصفحة 400، والتعليق 2.

(6) على أن معياراً كهذا أخذه الاجتهاد أحياناً. وقد رأت محكمة النقض في ما يتعلق بعقد بيع في صورة إيجار وعقد الإجارة المختلطة أن العلاقات القائمة بين البائع الموجر والمستعمل المقابل كانت، إلى أن يتم نقل الملكية، مكوّنة إجارة بلا شرط، انظر الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 نيسان 1978، النشرة المدنية، III، رقم 157، صفحة 123، في شأن عقد يتناول عقاراً، والنقض التجاري في 7 شباط 1977، =

المطلوب، العملي للقانون الفرنسي تأليف Ripert و Planiol⁽¹⁾. وقدّر المؤلف صاحب هذا الرأي، بعد أن لاحظ أن القاعدة العامة القانونية التابع يلحق بالأصلي، تقدم عوناً ضعيفاً عندما يكون لأحد الموجبات أهمية معادلة، ويقدر المؤلف أن العقد يخضع في آن معاً لقواعد البيع وقاعدة المفاوضة، وتستدعي الموجبات المتميزة نظاماً قانونياً توزيعياً.

ويأخذ بعض الأحكام بتفسير موحد مبني على قاعدة التابع⁽²⁾ أو على خاصية المنتج المعد للصنع⁽³⁾. وتبنى آخرون في هذا الصدد وصفاً مختلطاً⁽⁴⁾. وقد طرح الاجتهاد مسألة معرفة كيف يمكن التوفيق بين وصف مختلط للعقد والوصف الموحد المعتمد عموماً.

97 - معيار الأوصاف المختلطة.

سبق أن رأينا أن إرادة الفريقين يمكن أن يكون لها تأثير أساسي في تحديد التابع⁽⁵⁾. ويمكن الأخذ من جهة ثانية بأن اللأانقسامية الذاتية لا تُفترض طالما أنها تتوقف حسب تعريفها على إرادة الفريقين وليس على طبيعة العقد⁽⁶⁾. ينتج عن ذلك أن الانقسامية الموجبات الناشئة عن العقد هي المبدأ، والأانقسامية أو العلاقة الرئيسة بالتابع هي الاستثناء. وذلك يعني التأكيد أن الوصف المختلط للعقد هو المبدأ، وأن إظهار الإرادة الصريح أو الضمني المعاكس لإرادة الفريقين يمكن أن يقود إلى تبني وصف موحد مع مراعاة احترام قواعد الانتظام العام.

ويمكن بهذه الطريقة أن نفرس أن عقداً ما كمقد بيع شيء معد للصنع يرتدي أحياناً وصفاً موحداً وأحياناً أخرى وصفاً مختلطاً، مع التمييز أن سكوت الفريقين حول طبيعة عقدهما لا يمكن أن يقود وحده إلى الاعتراف بوصف موحد. فالوصف يركز على وفرة الوقائع المعدّة للوصف وعلى تنوع الموجبات التي يسطوع بها كل متعاقد.

" الشرة المدنية، IV، رقم 38، صفحة 35. انظر القانون رقم 84 - 595 بتاريخ 12 تموز 1984 الذي يحرّج الإجارة المتعلقة بالملكية المقاربة والذي ينظم بعض العقود المعروفة سابقاً في الممارسة باسم الإجارة البينية المقاربة.

(1) التعليق المذكور سابقاً، Dalloz الدوري 1913، 1، 113.

(2) المرجع عنه.

(3) انظر الأحكام المستشهد بها في الرقم 82 السابق، التعليق 164.

(4) انظر الرقم 82 السابق.

(5) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 16 آذار 1977، الشرة المدنية، III، رقم 131، صفحة 101، مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، II، 18913، تعليق Hassler؛ المجلة

الفصلية للقانون المدني، 1978، صفحة 755، ملاحظة CORNU - النفق التجاري في 23 كانون الثاني 1978، Dalloz، 1978 - صفحة 424، النفق التجاري، 6 كانون الثاني 1982، الشرة المدنية، IV، رقم

4، صفحة 3؛ Dalloz، 1982، صفحة 528 من التقرير، ملاحظة B.AUDIT، انظر J.GHESTIN et B. DESCHÊ، La vente، رقم 81.

(6) انظر الرقم 87 السابق.

(7) انظر الرقم 93 السابق.

فالمقصود ضبط إرادة الفريقين مما يشكل بيئة بارزة في مناقشة النزاع القضائي. فالقاضي يملك بالفعل سلطة تفسير الاتفاقيات وتقديره لنية الفريقين سيد، مع الحفاظ مع ذلك لجهة عدم تشويه الاشتراطات الواضحة والدقيقة. وهذه السلطة الآيلة إل محاكم الأساس لها بلا نزاع مخاطر الكيفي كما شدد على ذلك السيد Terré⁽¹⁾ وتشكل عقبة أمام رقابة الوصف من قبل محكمة النقض. وبإمكان القاضي، تحت غطاء التفسير، تقليص بعض الموجبات إلى العدم والأخذ بوصف موحد بالنسبة إلى الكل، على أن الوصف المختلط مفضل على الوصف الموحد الذي يكون مقلصاً للحقيقة ببالغة.

ويعطي قرار صدر في 25 كانون الثاني 1989⁽²⁾، عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض إشهاراً حسناً. وقد كان على محكمة النقض، من أجل تطبيق المادة 2 من مرسوم 14 آذار 1978 التي تعتبر الشروط المعدلة لمسؤولية البائعين المهنيين تجاه المستهلكين أو غير المهنيين غير مكتوبة لأنها خارجة عن المؤلف وتجاه الاشتراط المؤلف الذي يحدد تسليم شريط خام التعويض المتوجب على شركة Kodak عقب خسارة شريط معطى للتظهير، إن ثبت، سواء أكان العقد بيعاً أو مقاوله، بوصف البيع الذي يتضمن ثمنه حصراً معالجة المناظر أو مونتاجها (montage).

وكانت شركة Kodak المدانة بالتعويض عن الضرر الحقيقي المقدّر بستمانه فرنك قد تذرعت بأن العقد «لا يتحمل كعقد بيع وإنما كعقد مقاوله» لا تطبق عليه المادة 2 من مرسوم 24 آذار 1978. وقد لاحظت الغرفة المدنية الأولى أن المحكمة بينت أن الإيجاب الصادر عن شركة Kodak Pathé بمعالجة الشريط كان معروفاً ومقبولاً من السيد Robin في أونة شراء الشريط وليس في أونة إيداع الشريط لتظهيره، وأن الثمن الإجمالي لم يكن يفرق بين كلفة الشريط وكلفة معالجته، وأن المحكمة أعلنت بعد ذلك بتقدير سيد أن العمل القانوني المعقود من قبل السيد Robin، بإرادة الفريقين، كان غير قابل للانقسام». وغلصت من ذلك إلى «أن طابع البيع الذي يملئه، ولو كان جزئياً، يؤدي إلى تطبيق المادة 2 من مرسوم 24 آذار 1978».

ويبدو أن الغرفة المدنية الأولى، من أجل تأكيد حل اعتبرته منصفاً، قد شدّت عن القواعد التي ترمس وصف العقود. ولم تكن اللأانقسامية غير المتنازع فيها لعمليتي بيع الاشتراط ومعالجتها لتشكل عقبة أمام الاعتراف بالطابع المختلط لهذه الاتفاقية الوحيدة. على أن الغرفة المدنية الأولى اعترفت بهذا الطابع المختلط بأخذها بأن «العمل القانوني» كان يمكن أن لا يكون بيعاً إلا جزئياً. فالاتفاقية تحوي في آن معاً الموجبات الناتجة عن البيع،

(1) الأطروحة المستشهد بها سابقاً.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 43، صفحة 28 Dalloz 1989، صفحة 253، ملاحظة Ph. MALAURIE، «petites Affiches» 31 أيار 1989، صفحة 21، تعليق T. Hessler، السجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 574، ملاحظة Ph. RÉMY، Dalloz 1989، الصفحة 737 من التقرير، ملاحظة AUBERT Dalloz 1989، الصفحة 303 من السجوز، ملاحظة Ph. Hessler، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، II، 21357، تعليق G. Poissant.

في مرحلتها الأولى، والموجبات الناجمة عن عقد مقالة في مرحلتها الثانية. كان إذاً أكثر مطابقة للحقيقة، في ما يتعلق بالضبط بمعاقبة عدم تنفيذ موجبات Kodak أن يطبق بشكل توزيعي أو متالي نظام البيع على المبيعات المرتبطة بهذا البيع الأخير ونظام عقد المقالة على الموجبات المرتبطة بعمليات المعالجة والموتاج. إن الوصف ينبغي أن يكون عملية حيادية وليس وسيلة تطبيق نظام جرى الحكم بأنه الأفضل. وكان من المفضل، للحصول على النتيجة المتوخاة، مذهب أحكام مرسوم 24 آذار 1978 عن طريق المماثلة أو اللجوء مباشرة إلى تطبيق قانون 10 كانون الثاني 1978 بإعلان الشرط المنازع فيه غير مألوف بدلاً من التصرف بتشويه الفئات القانونية.

وباتجاه هذا الطريق توجهت في النهاية محكمة النقض بالسماح لفضاء الأساس بإبطال شرط غير مألوف حتى في حالة غياب مرسوم تطبيقي⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن الأوصاف المختلطة لها فائدة معينة في الشأن الجزائي وعن طريق تشريع العقد بإمكان القاضي الجزائي الأخذ ببعض الحلول التي تفلت من سيطرة المادة الجزائية إذا كان قد جرى اعتماد وصف موحد مسمى أو غير مسمى. وفي هذه الرؤية تحقق المحاكم الجزائية عمل تقسيم كي تظهر، خلف تعقيد الوقائع، عناصر الوصف العادي ولا سيما لقمع إساءة الائتمان⁽²⁾. ومن المعروف أن عملاً كهذا، منذ إصلاح قانون العقوبات، أصبح غير مفيد⁽³⁾.

على أن هذا العمل في التقسيم، ومن وجهة نظر أعم، يمكن أن لا يعطي أي نتيجة بالنسبة إلى فئات الإسناد، وينبغي بالتالي التوجه نحو وصف غير مسمى.

II - البُنى غير المسماة

98 - مفهوم «العقد غير المسمى».

ليس لمفهوم العقد غير المسمى في القانون المعاصر معنى مماثل للمعنى الذي أخذ به القانون الروماني. ويجب التذكر أن قانون العقود في روما كان إجرائياً بشكل أساسي؛ فالعمل يسبق القانون. ولم يكن العمل منوطاً للمتعاقدين إلا أن يكونوا قد التزموا ضمن

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 أيار 1991، النشرة المدنية، I، رقم 153، صفحة 449. تعليق J. GHESTIN، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، صفحة 526، ملاحظة J. MESTRE، J. I. Hassler، Clause abusive et perte d'une pellicule photo: un arrêt important، محكمة النقض، 14 أيار 1991، Petites Affiches، 8 تموز 1991، رقم 61، صفحة 18 - 26 أيار 1993، النشرة المدنية، I، رقم 192، صفحة 132، مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، I، 3709، صفحة 424 وصفحة 425، ملاحظة MARCHESSEAU، I، 1993، D، صفحة 598، تعليق G. PAISANT.

(2) انظر: M. VERON، تعليق على حكم الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 2 آذار 1974، 1974، D، صفحة 607. ولا سيما صفحة 609، الصفحة الثانية الممود الثاني. D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 390 وما يليه، صفحة 449 وما يليها. انظر الرقم 58 السابق.

(3) انظر الرقم 58 السابق.

الاشكال التي يفرضها الشكل. وإلا كان الأمر متعلقاً بعهد مجرد من العمل مما كان يترجم القول المأثور لا يفسح العقد المجرد المجال لأي دعوى⁽¹⁾. وكان غير المسمى يمثل إذا نعت بعهد لا يهتفر به القانون وهو محروم من الدعوى⁽²⁾. على أنه ظهرت في مجموعة منتخبات Justinien دعوى تنفيذ التقديم المتفق عليه عندما يكون المتعاقد قد قام بتنفيذ تقديمه. فكانت دعوى Præscriptis verbis⁽³⁾. وهكذا جرت إمكانية تعريف العقد غير المسمى في القانون الروماني بأنه «عقد ملزم للطرفين غير مصنف بين العقود المسماة، وقد جرى تنفيذه من قبل أحد الفريقين من أجل تقديم متبادل»⁽⁴⁾.

ولم يعد للعقد المسمى في القانون الوضعي الحالي المعنى عينه. فالمادة 1107 من القانون المدني تغطي الصحة من حيث المبدأ على تعهد مجرد من الأشكال. ويتجمل من ذلك أن النظرية الرومانية أصبحت بالية⁽⁵⁾. وقد لوحظ أن «الصموية ترتكز اليوم على معرفة ما إذا كان بإمكان الإرادات الفردية إنشاء أنواع جديدة من العقود، مختلفة عن الأنواع التي يتضمنها القانون»⁽⁶⁾، وعلى تسريع اللجوء إلى غير المسمى عن طريق التنبئ الضروري لتوافق الإرادات على «مختلف حاجات الحياة»⁽⁷⁾.

وقد جرت في هذه الرواية محاولة تعريف العقد غير المسمى «كعقد أجنبي عن العقود

(1) انظر: D.GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 3 وما يليه، صفحة 6 وما يليها. انظر تكوين العقد، رقم 56 وما يليه، وكذلك E.PETIT، Traité élémentaire de droit romain، الطبعة الخامسة، 1906، رقم 268 ورقم 400. H.L. MAZEAUD، Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد الأول، المراجعات، الطبعة الثامنة، تأليف Fr. CHABAS، منشورات Montchrestien، 1991، رقم 80، صفحة 53. وما له مدلوله ملاحظة أن القانون الروماني لم يمد أي نظرية عامة للعقد.

(2) E.PETIT، المجلد Classification synthétique des contrats، الطبعة الناقدة للتشريع والإجتهاد، 1904، صفحة 470 وما يليها، ولا سيما الصفحة 486. قدر المؤلف أن أنواع العقود جميعاً كانت متبكرة ومعروفة منذ وقت طويل، وأن تكريس مبدأ التوافقية أفرغ فئة العقود غير المسماة من ماهيتها طالما أن الأمر كان يتعلق بنمط تعهد اختفى في عام 1804. على أن Planiol قبل وجود عقود جديدة إذاً بموضوعها وإثبات مزيج عناصر قديمة، غير أن الأمر لم يعد يتعلق إلا بأنواع جديدة لصنف سبقت معرفته. انظر بالنسبة إلى انتقاد هذه الفرضية، Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 591 وما يليه، صفحة 449 وما يليها. رلاحظ المعارض على وجه الخصوص أن التصنيف المقترح يتناول المراجعات أكثر مما يتناول العقود، وأنه أكثر وصفاً مما هو تفسيري، ولا سيما في ما يتعلق بالرباط الذي يوحّد مختلف المراجعات الناشئة عن العقد. وحدّثه العقد تقريري الواقع بالنسبة إلى العقود المسماة في القانون المدني أو القوانين اللاحقة (رقم 595 ورقم 596).

(3) E.PETIT المذكور سابقاً، رقم 408، صفحة 414. انظر حول قوة هذه الدعوى D.GRILLET-PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 8 وما يليه، صفحة 10 وما يليها.

(4) E.PETIT المذكور آنفاً، رقم 402، صفحة 411.

(5) انظر Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 591، صفحة 489 وما يليها، والتعليق 56 - انظر تكوين العقد، رقم 28.

(6) TERRÉ، المرجع عينه.

(7) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 19 وما يليه، صفحة 18 وما يليها.

المسماة، القانونية أو خارج القانوني، المثبتة عن القانون المدني أو التي ظهرت لاحقاً، سواء أكانت هذه المقاومة تشكل إظهار الطابع المتجانس وغير القابل للتخفيض لمفهوم قانوني جديد، أو أنها توضح الحدود الملازمة لهذه اللفظة المسماة أو تلك، في صدد أشكال عقدية منشقة وإنما «لا نموذجية» مفهوماً⁽¹⁾. فيكون مفهوم العقد غير المسمى، حسب هذا التحلل، مزدوجاً حسبما يكون اتفاق الإرادتين منفصلاً إلى حد ما عن الفئات الموجودة، وكان الأمر لا يتعلق إلا بفارق درجة وليس بفارق طبيعة.

ويتجلى غير المسمى، في المادة العقدية، في أشكال ثلاثة. وبين السيد Terré هكذا وجود «غير المسمى - التسميم» المتيقن عن غياب عنصر وصف معروف، ثم «غير المسمى - المزيج» الناتج عن تسيق عناصر مثبتة عن العقود المسماة، وأخيراً «غير المسمى - الإنشاء» الذي يضبط عناصر جديدة للوصف⁽²⁾.

ولنلاحظ إضافة إلى ذلك أن ظاهرة غير المسمى تحمل في ذاتها جرائيم دمارها ذلك بأنها ما أن تصبح في مفهوم معين حتى تصنفها السلطة المعيارية في صف العقود المسماة⁽³⁾.

99 - التفریق بين العقد غير المسمى والعقد من نوع خاص.

العقد غير المسمى، بالمعنى الدقيق للتعبير، هو العقد المجرد من الاسم. فالقانون لم ينص عليه وبالأحرى لم ينظمه⁽⁴⁾. ويوجد، إلى جانب هذا النموذج، وصف يسمى من نوع خاص يعتبر أحياناً مرادفاً للمعنى السابق⁽⁵⁾.

والعقد من نوع خاص ليس بالضرورة عقداً غير مسمى⁽⁶⁾، حتى ولو كان بالإمكان ملاحظة أن «التعبير الروماني عقد من نوع خاص الذي يدل اشتقاقياً على عقد مزود بنوع

(1) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 206، صفحة 229.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 569، صفحة 456 وصفحة 457.

(3) Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 567، صفحة 455 - D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 207، صفحة 229 وصفحة 230.

(4) J.FLOUR et J. - L. AUBERT، الموجبات، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 89 - B.STARCK، الموجبات، المجلد 2، الطبعة الرابعة، 1993، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 108 - TERRÉ، SIMLER et LEQUETIE، الموجبات، موسوعة Dalloz، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 57.

(5) F.GÉNY، Sciences et techniques en droit privé positif، الجزء II، رقم 209، صفحة 136 - M.ROLAND، Essai sur les catégories juridiques، spécialement en droit privé، الأطروحة في ليون، 1952، Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 561، صفحة 449 وصفحة 450 - J.HAUSER، Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique، 1971، L.G.D.J.، مقدمة، P.RAYNAUD، رقم 94، صفحة 149 - H.-L.S. MAZEAUD، Leçons de droit civil، الجزء II، الموجبات، المجلد الأول، الطبعة الثانية، 1991، تأليف Fr. CHABAS، رقم 111، صفحة 96. وفي الاتجاه عينه، وإنما أقل وضوحاً، D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 162، صفحة 185.

(6) على تجلّص ذلك على ما يبدو Ph.MALAURIE et L.AYNÈS، المذكوران آنفاً، رقم 19.

خاص يبدو متوافقاً مع وجود حقيقة عقدية جديدة⁽¹⁾. إن الأمر يتعلق وحسب بنموذج خاص نص عليه القانون⁽²⁾ أو عرفه الفريقان، لا يقارن بأي عقد مسمى آخر⁽³⁾. واللجوء إلى هذا الوصف، على عكس ما سبق إعلانه، لا يشكل «رفضاً كسولاً للتحليل»⁽⁴⁾، وإنما هو، بكل بساطة، رفض مماثلة العقد الموصوف بالنوع عنه بنموذج عقد قريب لتأكيد استقلالية نظامه القانوني. وهكذا يؤكد الاجتهاد باستخدام تعبير من نوع خاص استقلالية نموذج عقدي تحدده السلطة المعيارية أو يتصوره الفريقان بالنسبة إلى نماذج عقدية أخرى.

وعلى هذا النحو يجري تفسير الاجتهاد الذي نما في ما يتعلق بالعقد التمهيدي في مجال المبيعات العقارية المعدة للبناء وهو عقد مسمى من النوع عنه، وتنص المادة 261 - L 10 من قانون البناء والإسكان⁽⁵⁾ على أن «البيع المنصوص عليه في المادة 261 - L 10 يمكن أن يسبقه عقد تمهيدي يلتزم البائع بمقتضاه، مقابل إيداع ضمان يتم بموجب حساب خاص، بأن يخصص الشاري عقاراً أو جزءاً من عقاره... «ويعتبر باطلاً أي وعد آخر بالشراء أو البيع». وهذا النص ليس أمراً إلّا في القطاع المحمي للبناء»⁽⁶⁾. والمسألة التي طرحت كانت مسألة معرفة ماذا كانت الطبيعة القانونية لهذا العقد المسمى «عقد حفظ»⁽⁷⁾. هل ينبغي تحليله كوعد أحادي الجانب خاضع لأحكام المادة 1840 - A من القانون العام للضرائب أم أن الأمر يتعلق بعقد من طبيعة أخرى خاضع لموجب التسجيل؟

إن محكمة استئناف باريس اختارت الحل الثاني⁽⁸⁾، ومحكمة استئناف رين اختارت الأولى⁽⁹⁾. وقد بنت محكمة النقض بالخلاف في حكم نقض لانتهاك قانون 27 تشرين الأول

(1) D.GRILLET - PONTON، الأطروحة الأتفة الذكر، رقم 162، صفحة 185.

(2) انظر H.HAYEM، Domaines respectifs de l'association et de la société سابقة، 1907، رقم 285، صفحة 358.

(3) ترفض السيدة GRILLET-PONTON هذا الاشتقاق لصالح اشتقاق العقد غير المسمى «النموذجي»، (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 161، صفحة 185) بخلاف العقد غير المسمى «النموذجي» الذي يمكن تعريفه حسب المؤلف بأنه «عقد بنية حدية غالباً ما تكون عابرة ولا تدرج، بسبب بعض التباين، في التعريف الدقيق للعقد المسمى وإنما في التعبير المفهومي لهذا الأخير» (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 163، صفحة 191). انظر G.CORNUT، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1976، صفحة 160، يصبح العقد الموصوف هكذا معلداً مسمى تقريباً باستثناء فارق نوعي.

(4) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المذكورين آنفاً، رقم 19 ورقم 20.

(5) الممثل بالقانون رقم 79 - 596 بتاريخ 13 تموز 1979.

(6) P.MALINVAUD et P. JESTAZ، Droit de la promotion un immobilière، الطبعة الثالثة، موسوعة Dalloz، 1986، رقم 362.

(7) P.MALINVAUD et P. JESTAZ، المذكورين سابقاً، رقم 371.

(8) محكمة استئناف باريس، 17 كانون الثاني 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، II، 1937، تعليق MEYSSON et TIRARD، مجلة قهرر المعدل، 1972، I، 312، طلبات COM III 1972، صفحة 116 من الموجز - محكمة استئناف باريس، 28 حزيران 1976، مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18524، تعليق MEYSSON et TIRARD.

(9) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 تشرين الأول 1975، صفحة 688، تعليق GROSNIÈRE -

1975 فحكمت بأن عقد الحفظ يجب تحليله كعقد من نوع معين ملزم للفريقين بشكل أساسي ويتضمن موجبات متبادلة، فيلتزم البائع بمقابل إيداع ضمان بحفظ عقار أو جزء من عقار للشاري المحتمل، وعقد من هذا النوع لا يمكن بنتيجة ذلك أن يماثل بوعده أحادي الجانب بالبيع مقبول بمعنى المادة 1840 - A من القانون العام للضرائب الذي يجب أن تفسر أحكامه تفسيراً ضيقاً⁽¹⁾. وأكدت محكمة النقض ثانية منذ وقت قريب أن عقد الحفظ ليس وعداً مقبولاً بالبيع، بدون الرجوع إلى مفهوم العقد من نوع خاص⁽²⁾. من الصحيح أن المسألة المنازع فيها لم تكن في هذه الحالة مسألة معرفة ما إذا كان العقد خاضعاً للتسجيل الإلزامي أم لا. ومهما يكن من أمر ينبغي أن يلاحظ أن محكمة النقض استخدمت وصف العقد من نوع خاص من أجل استبعاد وصف مسمى آخر والنظام القانوني المرتبط به وحسب. وهذا يعني أن هذا الوصف يمكن تطبيقه على عقد مسمى وحسب، وإنما، وبصورة خاصة، يتيح تأكيد استقلالية العقد المقصود بهذا الوصف.

والعقد غير المسمى يمكن أيضاً أن يكون من نوع خاص بمعنى أنه قاصر على بعض الأوصاف الخاصة القرية، هناك بالتالي، بداية، تداخل بين الوصفين. بيد أن هذا التقاطع ليس إلا ظاهرياً. إن عقداً ما يمكن أن يكون غير مسمى بمعنى أنه مجهول في التصنيفات الموضوعية سابقاً، إما لأن نظامه القانوني مأخوذ عن عقد مسمى أو عدة عقود مسماة، وإما لأنه غير خاضع لنظام عقد مسمى آخر - ويكون الأمر متعلقاً في الحالة الأولى بعقد غير مسمى. وفي الحالة الثانية يوصف اتفاق الإرادتين بعقد غير مسمى من نوع خاص. وهذا النموذج الأخير لا نلتقيه إلا عندما يكون الفريقان قد حددا بدقة النظام القانوني لاتفاقيتهما، ذلك بأن العدالة تنزع بالطبع إلى الاستعانة بما هو معروف، سواء تعلق الأمر بالوصف أو بالنظام القانوني.

100 - المنفعة المعاصرة لفئة العقود غير المسماة.

جعل نمو الانتظام العام لفئة العقود غير المسماة منفعة أكيدة⁽³⁾. وقد جرت البرهنة، على عكس الرأي الصادر عن العميد Savatier⁽⁴⁾، على أن مجرد الواقع في أن العقود

= مجلة قصر العدل، 1974، I، 258، تعليق M. PEISSE، فهرس Defrénois، 1974، البند 35657، تعليق M. Vion؛ العمل القانوني بحصر المعنى، 1974، صفحة 816، تعليق BRUN.

(1) الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 تشرين الأول 1975، مصنف الاجتهادات الدوري 1976، II، تعليق Dalloz؛ MEYSSON et TIRARD 1976، صفحة 97، تعليق FRANCK؛ فهرس Defrénois، 1976، I، 287، تعليق FRANCK؛ مجلة قصر العدل، 1976، I، 67، تعليق PEISSE - وكذلك P. MALINVAUD et P. JESTAZ، المذكورين آنفاً، رقم 371، وهما يقدرا أن مسألة الوصف ينبغي توسيتها تبعاً للموجبات المشترطة في كل اتفاقية، على اعتبار أن عقد الحفظ ليس سوى قالب.

(2) الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 حزيران 1987، النشرة المدنية، III، رقم 114، صفحة 68.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 28، وكذلك D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 286، صفحة 330.

(4) تعليق على حكم النقض الاجتماعي في 27 آذار و 15 أيار 1952، Dalloz، 1953، صفحة 18.

خاضعة لتنظيم من الانتظام العام لا يمنع الفريقتين من إبرام عقد غير مسمى قريب⁽¹⁾. فليس هناك أي سبب، ما دام القانون الأمر لا يتعلق إلا بعقد محدد على وجه الخصوص، يتوزع أن يمتد إلى عقد ما تنظيم خاص مطبق على عقد آخر حتى ولو كان أمراً.

وبين السيد Terré في هذه الرؤية: أن تأثير طابع الانتظام العام للقواعد المتعلقة بالعقود المماثلة القريبة، تجاه شروط غير المسمى، يتجلى في واقع أن التشديد يتناول بشكل واضح تطلب الطابع الجديد فعلياً للعقد أو بصورة أعم العمل غير المسمى بالنسبة إلى الأطر الموضوعية سابقاً⁽²⁾.

إن الاجتهاد هو في هذا الاتجاه، فهو يعترف بصحة العقود غير المماثلة ويفعاليتها، رافضاً امتداد مجال بعض قواعد الانتظام العام. وهكذا حكمت الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 30 نيسان 1985⁽³⁾، بأن العقد الذي تمهدت فيه إحدى الشركات ببيع مالكي قطعة أرض على الشيوخ شفتين عليها بناؤها على هذه القطعة، مقابل التفرغ عنها، ويشترط أن يكون الشاؤون متحررين بدفع الثمن عن طريق المقاصة مع ديونهما المتعلقة بشن بيع قطعة الأرض، لا يعود لأحكام قانون 3 كانون الثاني 1967 ومرسوم 22 كانون الأول 1967 حول بيع عقارات معدة للبناء وإنما يشكل عقداً من نوع خاص، يركز على دفع ثمن الشقق بمقابل لجهة حقوق البدة A والسيدة S في قطعة الأرض التي كانتا مالكتيهما... وكان قد سبق لقضاة الأساس أن يبين أنه لم يكن مشروطاً أي إيداع ضمان أو أي سجل لاستحقاق دفع الثمن. والعقد بالتالي لا يعود لأحكام القوانين المذكورة آنفاً التي هي من الانتظام العام لأنه يمثل حالة واضحة بالنسبة إلى النموذج المين في القانون بصورة خاصة. ويشكل التفرغ عن قطعة الأرض مقابل تسليم الأمكنة المعدة للبناء عقداً غير مسمى قريباً من بيع عقار للبناء وإنما غير خاضع لأحكام من الانتظام العام ينظمها هذا القانون.

إن اتفاقية الإشغال الموقت المتميزة بالطابع العرضي لحق الإشغال⁽⁴⁾ ليست خاضعة لنظام الإيجارات التجارية⁽⁵⁾ أو لنظام الإيجارة الزراعية⁽⁶⁾.

(1) Pr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 597 وما يليه، صفحة 475 وما يليها.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 603، صفحة 480. وشعر المؤلف اقتراحه بترسم تطور قانون الإيجارات الريفية.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 76، صفحة 58 Dalloz، 1986، الصفحة 43 مكر من التقرير، ملاحظة P. MAGNIN.

(4) النقص التجاري في 10 نيسان 1987، النشرة المدنية، III، رقم 137، صفحة 138.

(5) الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1971، النشرة المدنية، III، رقم 639، صفحة 457 - النقص التجاري في 10 نيسان 1967 الحكم المذكور سابقاً - انظر Le CROY - LOUSTAUNAU، Le contrôle judiciaire de la validité de la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux à l'épreuve de la théorie générale des contrats (A propos de l'arrêt rendu par la 3^e Chambre civile، le 28 octobre 1987) Dalloz، 1988، العرض XXXIV، صفحة 216 وما يليها.

(6) الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 حزيران 1971، النشرة المدنية، III، رقم 388، صفحة 275.

وتشكل اتفاقية تنازل التفرغ عن معدات طبيب، واستعمال عيادته المهنية، وتقديم رُئته، عقدًا خاصًا لا يمكن خلطه مع الإيجار. ينتج عن ذلك أنها لا يمكن أن تعود لقانون أول أيلول 1948 بحيث أن قاضي بدلات الإيجار هو غير صاحب اختصاص⁽¹⁾.

وغير المسمى، يكونه يتكرر لنوع من الانتظام العام للحماية، يؤكد إساءة استعمال مما يتناقض مع حد أدنى للعدالة العقدية⁽²⁾. وهذا ما يبيته بعض ما أنشأته الممارسة التجارية⁽³⁾، والحال أن حاجس استبعاد تنظيم إكراهي أكثر اللازم يبدو في الأمر مشروعاً، إلا أنه ينبغي أن لا يسمح بالتخلص من أحكام الحماية المشروعة هي أيضاً. وللمعالجة هذه السبئية جرى اقتراح توسيع الفئات العقدية النوعية وتعزيز النظرية العامة للعقد التي تطبق على الاتفاقيات جميعاً⁽⁴⁾ أو البحث عما إذا كان مبدأ عام للتوازن العقدي يجب أن يصبح شرط الليبرالية العقدية⁽⁵⁾.

وهذه الطرق يتعدى استعمالها إلى بقياس وتمييز إذا كان المراد الحفاظ على منفعة حقيقية لوصف العقد. وتوسيع فئات ارتباط النظرية العامة للعقد أو تعزيزها له بالضرورة مفعول تدمير التصنيفات الموضوعة سابقاً عن طريق التنسيق بين الأنظمة القانونية. ومبدأ الحرية العقدية يمكن بالتالي إعادة النظر فيه.

= أهدف إلى ذلك: في ما يتعلق باتفاقية الإنشغال المؤقت، المتميزة عن عقد الإيجار وبعض بدلاته كالإيجار التجاري والإيجار الربحي، والقاصرة بالتالي على بعض القواعد الخاصة بالأمر: والمطابقة على هذا الوصف الأخير كولساد، R.MEURISSE، تعليق على النقص التجاري في 20 كانون الأول 1949، 1960، S. I، 61 - P.ESMEIN، Les conventions d'occupation précaire d'un immeuble - مصنف الاجتهادات الفلوري، 1962، I، 1069.

(1) الفقرة المعنية الثالثة في محكمة النقص، 20 كانون الأول 1971، النشرة المدنية، III، رقم 652، صفحة 466.

(2) تفحصت لجنة الشروط غير المألوفة مثلاً المفرد التي اقترحتها الوكالات الزواجهية. وقد لاحظت في توصيتها رقم 87 - 02 (B.O.C.R.F. 13 آب 1987، 1987 Lamy droit économique المذكور سابقاً رقم 4894)، أن عقود الوساطة الزواجهية كانت اتفاقيات لا تشكل موضوع أي تنظيم نوعي. وبتمبير آخر يتعلق الأمر باتفاقيات غير مسمأة. كما لاحظت اللجنة أن هذه المفرد كانت على وجه العموم مطبوعة بأحرف مجهرية تجعل قراءتها شبه مستحيلة. والحال أن عقد «الوساطة» الزواجهية غير منظم، اجنبي عنه. وبالتالي، وبسبب وصف العقد، فإن قواعد حماية الرضا المنصوص عليها في صدد الاتفاقيات كمبدأ الائتمان أو التأمين، غير مطبقة. فأوصت اللجنة بالتالي «بأن تشكل المفرد التي اقترحتها المهنيون على المستهلكين موضوع مستند خطي مقروء وأن تكون الأحرف المطبعية المستعملة بالحد الأدنى للجسم 8». من الصحيح أنه لا توجد، في ما يتعلق بهذه الاتفاقية، فئة قانونية ثرية يمكن أن تفصل كإسناد. إن الأمر يتعلق فقط بحماية المستهلك. وقد أخذ المجلس النيابي (البرلمان) في الاعتبار التبنات الصادرة عن اللجنة. فالمادة 6 من القانون رقم 89 - 421، تاريخ 23 حزيران 1989 Dalloz 1991 (صفحة 211) تتضمن أحكاماً مختلفة من شأنها «تسهيل» عقد الوساطة الزواجهية باستخدام تقنيات معتر عنها: الشكلية ورحن التدم.

(3) M.CABRILLAC، Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale، Mélanges Gabriel Marty في، تولوز، 1978، صفحة 235 وما يليها.

(4) M.GABRILLAC، المذكور آنفاً، رقم 17، صفحة 248.

(5) M.GABRILLAC، المذكور سابقاً، رقم 18، صفحة 247 - انظر تكوين العقد، رقم 253 وما يليه.

إن الأمر يتعلق في النهاية بالاختيار بين لبرالية قانونية بدون حدود حقيقية تولد إساءة استعمال وليبرالية مراقبة. وبين التطور أن القانون الوضعي ينتج نحو الخيار الأول. غير أن التوازن يبقى من الصعب إيجاده. ويفري السلطة المعيارية، تحت غطاء تصحيح بعض إساءات الاستعمال، الانحراف نحو إسراف آخر بأن يقلص عملياً المجال المتروك لمبادرة الغريقين وتصورهما إلى العلم. ولذلك يمكن التفكير، في ما يتعلق بالانتظام العام للحماية، في أن تدخل المشرع ينبغي بالضرورة أن يكون دقيقاً ومحدداً باتفاقية خاصة يضعها، بسبب إساءات الاستعمال، في صف العقود المسماة.

على أن الطابع غير المسمى لاتفاقية ما ليس من شأنه استبعاد قواعد الانتظام العام جميعاً. وهكذا يقتضي فرض الانتظام العام السياسي والخلقي والانتظام العام للإدارة⁽¹⁾، حتى على الاتفاقيات غير المسماة، ذلك بأن هذه القواعد، بطبيعتها، منوطة لأن تروس مجمل المادة العقدية وليس عقداً يؤخذ في الاعتبار منعزلاً⁽²⁾. والمادة 1107 من القانون المدني تحدد ذلك بدقة وبصورة صريحة.

وهكذا أعلنت محكمة النقض، في هيئتها العامة المجتمعة، استناداً إلى المادتين 6 و 1128 من القانون المدني، أن عقد الأمومة لصالح الغير باطل إذ عرفته كاتفاقية تعمدت فيها امرأة بأن تجبل وتحمل ولداً وتتخلى عنه عند ولادته. وهذه الاتفاقية تتعارض بالفعل مع مبدأ الانتظام العام لمسؤولية الجسم البشري ومع عدم قابلية التصرف بعادة الأشخاص⁽³⁾.

101 - ينبغي بيان شروط الوصف ثم النظام القانوني لغير المسمى.

أ. شروط الوصف

102 - إن تبني الوصف غير المسمى هو احتياطي. ويتبين إمّا بوجود موضوع جديد

(1) انظر تكوين العقد، رقم 120 وما يليه.

(2) انظر على سبيل المثال، عقد الدخول العمري (بند الحياة) «العدة محدودة»، وبمقتضاه يتحرر المدين بالتدخل من مرجباته بانتفاء مهلة محددة سلفاً أو برفقة البالغ. وهذا العقد بالتالي، غير المتخصص عليه في التشريع، مندرج لأن يوصف بغير المسمى ولا سيما أنه يمكن أن ينتمى ببيع بالتقسيت (انظر J.M. OLIVIER، التعليق في فهرس Defrénois، 1984، صفحة 1230، رقم 8). وقد أبطلته الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، لكونه يشكل تمهيداً على إرث مستقبلي محظراً تطبيقاً للمادة 1130، الفقرة 2، من القانون المدني، بحجة أن محكمة الاستئناف التي أخذت بأن العقد لم يكن له طابع الغرر وأن الشرط المتنازع فيه كان هدف الوحيد حرمان إرث السيد J.M. من الأقساط السنوية للممنوع الممنوع بعد وفاة البائع، استجبت بصواب أن هذا الشرط كان مقبولاً تعطيل القواعد الإرثية وكان يشكل عهداً على إرث مستقبلي بكونه يعطي السيدة R حقاً مانعاً في حين يعود إلى الإرث طبيعياً (الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1983، النشرة المدنية، I، رقم 290، صفحة 280، فهرس Defrénois، 1984، البند 33405، صفحة 1227، تعليق OLIVIER، 1984، صفحة 663، تعليق MAYAUX، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 184، ملاحظة J.P. PATARIN، مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، IV، صفحة 65).

(3) 31 أيار 1981، النشرة المدنية، رقم 4، صفحة 15 Dalloz، 1982، صفحة 417، تقرير النائب العام Y. CHARTIER، تعليق D. THOUVENIN، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، I، 3570، صفحة 148، ملاحظة M. FABRE-MAGNAN.

للتقديم أو موضوع جديد للعقد، وأما بإعداد جديد للموجبات الناشئة عن الاتفاقية.

103 - الرجوع إلى الوصف غير المسمى هو احتياطي⁽¹⁾.

يتمثل في العقود جميعاً نوع من الأصالة بالنسبة إلى التصنيفات المعروفة ويقتضي عدم رميها آلياً في مجال غير المسمى. وبالفعل لن يعتمد الوصف غير المسمى إلا أن يظهر أنه من المستحيل اللجوء إلى فئة معينة سابقاً. فهو إذاً احتياطي، وهذا الطابع يسرّع بسببين، أولاً نظراً إلى مقاومة القانوني الذي له طبيعياً نزعة إلى ربط الاتفاقية التي عليه أن يصفها بتصنيف موجود سابقاً⁽²⁾، مع المجازفة بتشويهاها، ثم لأن تأثير الانتظام العام يقود إلى عدم قبول الرجوع إلى غير المسمى إلا بتبصر بتطلب استقلالية حقيقية للاتفاقية المعدلة للتصنيف، ذلك بأنه لوحظ أنه من السهل، في الحالة المعاكسة، التحايل على القواعد الأمر⁽³⁾.

ينبغي إذاً أن يكون الوصف غير المسمى خاضعاً لشروط دقيقة. وفي الواقع ثمة وصف وحيد مطلوب في عرف السيد Terré: «يجب لكي يكون هناك عقد غير مسمى، أن يكون هذا العقد جديداً بالفعل بالنسبة إلى التصنيفات المقبولة سابقاً من المشترك أو المكوس من قبل الاجتهاد»⁽⁴⁾؛ على أن تجلي هذه الجودة متغير، وهي باتجاه قطين: موضوع التقديم أو العقد وإحكام الموجبات الناشئة عبر العقد.

104 - موضوع التقديم الذي يقوم المتعاقد بتنفيذه وموضوع العقد.

ليس الموضوع المقصود هنا موضوع الموجب الناشئ عن العقد⁽⁵⁾، وإنما، من جهة أولى، الشيء الذي يشكل موضوع التقديم الموعود به بمعنى المادة 1128 من القانون المدني⁽⁶⁾، ومن جهة ثانية، موضوع العقد المفهوم على أنه الموجب الأصلي الذي يشته⁽⁷⁾.

وقد لاحظت السيدة Grillet - Ponton، تحت عنوان «اختيار مواضيع جديدة

(1) Fr. TERRÉ المذكور سابقاً، رقم 565، صفحة 453. الوصف غير المسمى في عرف المؤلف نسي أيضاً. وهكذا يترقب الوصف على عدد الفواجب القانونية المعروفة وعلى غيارب الجذب الذي تمثله هذه النماذج المعقدة المعروفة بالنسبة إلى الاشتراطات الخاصة (رقم 568). يضاف إلى ذلك أن الوصف غير المسمى له طابع انتقالي. وما أن تجد نظام القانوني سلطة معيارية حتى يتنكر له. هو ذاته (رقم 567). وبخاصات العقد غير المسمى هذه تابعة، وهي تتبع عن الطابع الاحتياطي للوصف.

(2) انظر P. ROUBIER: Théorie générale du droit منشورات Sirey، 1951، صفحة 16 وصفحة 17 - R. PERROT، De l'influence de la technique et le tout des institutions juridiques أطروحة في باريس، 1947، صفحة 152؛ «ينزع الفكر البشري إلى العمل عن طريق استدلال بالمماثلة، بدلاً من أن يدع نفسه تجاه حقائق لاستخراج صيغ تقنية تصلح لإرضائه».

(3) Fr. TERRÉ، المرجع عينه، والرقم 603 وما يليه، الصفحة 480 وما يليها.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 604، صفحة 481.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 676، حول هذا المفهوم.

(6) انظر تكوين العقد، رقم 677.

(7) انظر تكوين العقد، رقم 678 ورقم 679.

للموجب، مما يتوافق في الحقيقة مع موضوع التقديم، ظاهرة تطوُّق المادة (أي تحويلها إلى طاقة) تؤدي إلى إنشاء غير المسمى⁽¹⁾. وتحت عنوان «اختيار مواضيع جديدة للعقد»⁽²⁾، تفحصت ظهور أنماط جديدة للعقد مقتبسة عن فئات قانونية معروفة إلا أن المتعاقدين يحولونها عن قصدتها. والأمر لا يتعلق في هذه الفرضية إلا بانحراف التقنية، على سبيل استعادة تعبير السيد Perrot⁽³⁾، التي يمكن أن تولّد غير المسمى، كما لاحظت «عددًا من العقود الجديدة التي ظهرت ابتداعية عن طريق موجبات ناتجة عنها والتي دُفعت إلى غير المسمى، مع أنها باقية داخل منطقة الوصف المنتشر والموسم حول كل عقد مسمى يفهم موضوع العقد. وبالعكس ترتفع درجة في غير المسمى عندما تظهر استقلالية عملية جديدة في الوقت عنه في زاوية موضوع الموجبات وفي زاوية موضوع العقد»⁽⁴⁾.

وبإمكان المتعاقدين اكتشاف مواضيع جديدة غير أنها يجب أن تكون قابلة لأن تدخل في التجارة وإلا كانت الاتفاقيات التي تتناولها باطلة تطبيقاً للمادة 1128 من القانون المدني⁽⁵⁾.

ومن الضروري لكي ترتدي اتفاقية ما وصف غير المسمى أن تتوفر فيها أولاً الشروط العامة للصحة التي تخضع لها العقود. واللجوء إلى غير المسمى لا يصلح لصحة الاتفاقية التي لا موضوع لها بمعنى المادتين 1108 و 1128 من القانون المدني. وهكذا نقضت محكمة النقض الأحكام لكونها بلبت صحة أحكام تفرغ مزعوم عن الزئ، إذ لاحظت «أن المهام التي يجب أن تنجزها النقابات والمديرون القضائيون لا تشكل سوى تنفيذ وكالات قضائية ليست أشياء في التجارة ولا يمكن أن تكون موضوع اتفاقية»⁽⁶⁾. وأضافت الغرفة المدنية الأولى ليس ثمة أي نص يحوي حق التمثيل (أو النيابة) لصالح هؤلاء الوكلاء وليس لهم أي زبون لأن «كل شخص تتوفر فيه الشروط المطلوبة لالتماس تسجيله في قائمة محكمة الاستئناف والحصول عليه، ويمكن هكذا أن يكون معيّن كوكيل أو مدير قضائي بدون أن يكون موضوع تمثيل في محاكم التجارة التي، من أجل اقتراح مرشح للتسجيل في قائمة

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 113 وما يليه، صفحة 123 وما يليها.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 126 وما يليه، صفحة 138 وما يليها. يورد المؤلف بهذه الصيغة عقد الأمانة والإجارة البيعة وتحصيل الديون.

(3) De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. أطروحة في باريس، 1947.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 132، صفحة 144.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 802 وما يليه، والرقم 99 اللاحق.

(6) النقض التجاري في 25 تشرين الثاني 1986 (حكمان)، النشرة المدنية، IV، رقم 223، صفحة 194 و«صفحة 195. انظر أيضاً الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 نيسان 1990، النشرة المدنية، I، رقم 88، صفحة 64. انظر في الاتجاه عنه، بالنسبة إلى «زين» طبيب أسنان خارج التجارة، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 شباط 1990، النشرة المدنية، I، رقم 38، صفحة 29؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، صفحة 560، ملاحظة F.ZENATI؛ فهرس Defrénois، 1990، صفحة 1018؛ ملاحظة J.L. AUBERT.

محكمة الاستئناف، لا يمكنها أن تأخذ في الاعتبار تمثيلاً كهذا⁽¹⁾. والحل مختلف بالنسبة إلى الكتاب العدل. فقد حُكم بأنه «إذا كانت وظيفة الكاتب العدل ولقب الكاتب العدل ليسا في التجارة، فإن حق الكاتب العدل في تقديم خلفه إلى السلطة العامة يشكل حقاً يتعلّق بالصفة المالية التي يمكن أن تكون موضوع اتفاقية يسومها القانون الخاص»⁽²⁾ ذلك بأن قانون التقديم كرسه القانون حتى أن له قيمة دستورية لكونه تكرر في عدة قوانين في عهد الجمهورية الثالثة، ولا سيما عقب إعادة التنظيم الإقليمي الذي غدا ضرورياً عن طريق تبدلات أنظمة الأزرار والورين.

غير أن المحكمة البدائية في Crétail⁽³⁾ حكمت بأن إعطاء المني البشري لمركز الدراسة وحفظ المني (C.E.C.O.S) لا يمكن أن يشكل عقد إبداع تنظمه المواد 1915 وما يليها من القانون المدني ولا يمكن أن يطبق على شيء ليس في التجارة، إذ إن المني يحوي جرثوم الحياة الممد لخلق كائن بشري. بيد أن المحكمة، وبصورة تناقضية، بعد أن ميزت اتفاقية تتناول شيئاً خارج التجارة، اعتبرت أن الاتفاقية كانت مشروعة وتتضمن موجب رد لأرملة المعطي بحجة أنه فيظهر أن اتفاقية 7 كانون الأول 1981 كانت تشكل عقداً خاصاً يحوي بالنسبة إلى مركز الدراسة وحفظ المني البشري موجب حفظ ورد للمعطي أو تسليم لمن كان المني معداً لها. والحكم يكشف عن نوع من التناقض لأنه لا يمكن من جهة أولى، التأكيد أن موضوع العقد كان خارج التجارة، ومن جهة ثانية، ثمة اتفاقية من نوع خاص تتناول هذا الشيء بالضبط. والرد يمكن أن يؤمر به استناداً إلى نظرية البطلان. وكان يمكن هكذا الحصول على النتيجة المنشودة بدون أن يتعرض الحكم للمأخذ بأنه أنتج مفاعيل عقد تثبت من بطلانه.

واكتشاف «موضوع جديد» للعقد يقود أحياناً إلى توسيع تصنيف موضوع سابقاً. ثمة عقد غير مسمى، حتى ولو كان غير المسمى لا يمثل سوى مرحلة في تطور الفئة المعنية⁽⁴⁾.

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1984، النشرة المدنية، I، رقم 109، صفحة 91؛ Dalloz 1986، صفحة 189، تعليق D. CARBONNIER؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 93، ملاحظة J. MESTRE. وكذلك: الغرفة المدنية الثالثة، 4 أيار 1983، النشرة المدنية، III، رقم 103؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 113، رقم 3، ملاحظة P. CHABAS. في ما يتعلق بالتنازل عن موافقة إدارية ضرورية لاستثمار تعليم سوق السيارات. إن تنازلاً كهذا باطل في عرف محكمة النقض أيّاً كان وصفه لعدم وجود موضوع ذلك بأن عدم مؤسسات تعليم السوق غير محدد وأي شخص يمكنه أن يحصل، عندما تترق في الشروط القانونية، على الإذن الإداري للاستثمار. فالأطراف كانت إذن مجردة من الموضوع مما يجعل موجب اللعق على عائق المتنازل له مجرداً من السبب.

(2) الغرفة المدنية الأولى، 16 تموز 1985، النشرة المدنية، I، رقم 224، صفحة 201، فهرس Desrénois، 1986، 785؛ ملاحظة J.L. AUBERT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، طبعة 1986، صفحة 253، تعليق M. DAOOT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 88، رقم 2، ملاحظة J. MESTRE.

(3) المحكمة البدائية في Crétail، الغرفة الأولى، أول آب 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، II، 20321، تعليق CORONE.

(4) انظر D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 114 وما يليه، صفحة 124 وما يليها. ■

أنه توسيع لفئة قانونية معروفة بتأثير متزاوج للإرادات الفردية والاجتهادات، حتى لإرادة المشرع الذي يقع عليه بصورة أخص أن يمد بعض التصنيفات أو أن يخلق الجديد منها.

على أن الممارسة تكتشف أيضاً «مواضيع عقود» جديدة تمثل أصالة أكثر مدلولاً وغير قابلة لأن تمتصها الفئات الموجودة. وهذا ما لاحظته أحد المؤلفين الذي استبعد مفهوم «موضوع التقديم كمعيار تصنيف العقود الخاصة»⁽¹⁾. وهذا مثلاً حالة عقد الكشف عن سر⁽²⁾ وأحد إظهاراته هو عقد الكشف عن تركة⁽³⁾. والموضوع المادي لاتفاقية ما، بصورة عامة، منذ يضع عشرات من السنين، لم يعد مكوناً من شيء مادي حصراً وإنما من أشياء غير مادية، من قيم مجردة كالمهارة (Know Haw, Savoir faire) والنصيحة. والإعلام⁽⁴⁾ التي بدت غير قابلة لأن تكون موضوع بعض العقود ومنها البيع⁽⁵⁾.

ويمكن أن يكون موضوع العقد، غير المفهوم «كشيء» وإنما كموجب ينشئه، جديداً أيضاً ومتميزاً عن قوالب عقدية موضوعة سلفاً⁽⁶⁾. والضمان لدى أول طلب الذي أفسح في المجال حديثاً للعديد من المنازعات القضائية هو مثال حق على ذلك. فالضامن يتعهد في هذه العملية بدفع مبلغ من العملة محدد لدى أول طلب من المستفيد بدون أن يكون في وسعه التذرع بالاستثناءات التي تصيب العقد الأساسي الذي يجمع بين المستورد والمصدر. وقد

= يأخذ المؤلف كمثال، تحت عنوان «موضوع جديد للموجب ووصف العقود النافذة للمعقود الشخصية»، الأعمال التي تنجزها المهن الحرة؛ إنها أعمال عابية على أوصاف الركاكة وإجارة العمل، بيد أن التطور (تطور التصنيف) ينزح إلى إدخالها في فئة إجارة العمل. وقد لاحظ المؤلف أن الوصف غير المعس (أيضاً) كَوْن بنية وقتية، خاضعة للتطور الديناميكي لمفهوم «الموضوع» (رقم 118، صفحة 127).

(1) J.F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats speciaux*, L.G.D.F., 1969، مقدمة J.BRETHE DE LA GRESSAYE، صفحة 29.

(2) انظر TERRÉ سابقاً، رقم 615، صفحة 486 و صفحة 487.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 847.

(4) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة الأتنة للذكر، ولا سيما الرقم 121 وما يليه، صفحة 131 وما يليها (تطور التصنيف)، 1985، P.CATALA، *La «propriété» de l'information*، Mélanges P.RAYNAUD - M.P. LUCAS DE LEYSSAC، Une information seule est-elle susceptible de vol ou كذالك 97 وما يليها. وكذلك 41 وما يليها. انظر حول عقود المعلوماتية التي تندرج بصعوبة في ذات قانونية معروفة، F.COLLIART-DUTILLEUL، Les apports، 1985 Dalloz، d'une autre atteinte juridique aux biens؟ F.COLLART-DUTILLEUL، Le droit des contrats de l'informatique au droit des contrats. 222، صفحة 222 وما يليها، ولا سيما الرقم 14 وما يليه، صفحة 228 وما يليها، وكذلك R.SAVATIER، Les contrats de conseil professionnel en droit privé 1972، D. XXIII، صفحة 137 وما يليها ولا سيما الرقم 29، صفحة 149. وللمؤلف ذات Dalloz 1971، الصفحة 223 من العرض.

(5) D. GRILLET - PONTON، المرجع عنه.

(6) انظر في صدد العقد الذي يضع مصرف بمقتضاء بصرته زبونه خزنة والذي لا يمكن أن يكون إبداعاً حقيقياً ولا إجارة، A.ROBERT، Le contrat dit «de coffre - fort»، *Revue de droit bancaire*، 1959، 1507. C.CAYALDA، موسوعة Dalloz، فهرس القانون التجاري، V، الخزنة، 1972.

حكمت محكمة النقض بأن هذا الضمان لم يكن كفالة⁽¹⁾ ولا تفويضاً⁽²⁾. ولا يمكن أن تكون ثمة مساواة، ذلك بأن موجب الضمان مستقل كلياً. وهكذا تصورت الممارسة أمناً جديداً تركزت فعالته على مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽³⁾. وخاصة هذه العملية هي خلق موضوع جديد للعقد يولد غير المسمى. ولا يتوقف موجب الضمان الذي يفضله به المصير في على موجب الأصلي الهادف إلى الضمان.

وليس عقد الضمان لدى أول طلب سوى مثال على تصور عالم الأعمال، إذ يوجد العديد من الاتفاقيات، وعلى وجه الخصوص في قطاع توزيع المنتجات والخدمات التي تنفصل عن فئات القانون المدني والقانون التجاري، كمقدور إدارة النشاطات والتأهيل وشركات التوصية لغاية دعائية... على سبيل المثال⁽⁴⁾. وتشكل هذه الاتفاقيات التي لا طائل من تنظيم قائمة بها عقوداً غير مسماة بسبب طبيعة الموجب الأصلي الذي تولده.

105 - أحكام الموجبات التي يولدها العقد.

إن أحكام مختلف الموجبات الناشئة عن العقد، أي بنية العقد ذاتها، قابل لأن ينشئ اتفاقية غير مسماة ما دام أن اجتماع الموجبات لا يمكن تقليصه إلى مجرد جمع العقود⁽⁵⁾، وأن لا انقسامية الموجبات لا تظهر وجود بنية مسماة⁽⁶⁾. وقد جرى التشديد، في هذه الحالة الأخيرة، على أن «المقدمة لمجمل قيمة مضافة» الذي لا يفسرها مجرد جمع العقود الموجودة تشكل علامة غير المسمى⁽⁷⁾. فبينة اتفاقية إذاً هي التي تمثل جلة متممة.

يمكن أن نجد أحد الأمثلة الأكثر نموذجية في عقد الصناعة الفندقية غير الوارد في صف العقود المسماة، غير أن القانون المدني لم يتجاهله كلياً⁽⁸⁾. وأصالة في أنه يحوي

(1) النقض التجاري في 20 كانون الأول 1982، 1983 Dalloz، صفحة 365، تعليق M. VASSEUR. النقض التجاري في 12 كانون الأول 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 344، صفحة 280، 1985 Dalloz، صفحة 269، تعليق M. VASSEUR. النقض التجاري في 19 تشرين الثاني 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 274، صفحة 231، 1986 Dalloz، الصفحة 153 من التقرير، ملاحظة M. VASSEUR.

(2) النقض التجاري في 12 كانون الأول 1984 المذكور سابقاً، وكذلك حول هذه المسألة M. BILLIAU، La dérogation de créance (Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations) في باريس، L.G.D.J.، 1989، مقدمة S. GHESTIN، رقم 408، وما يليه، صفحة 367 وما يليها.

(3) انظر حول النقاش الفقهي المتعلق بالسبب وبالتالي بصحة الضمان لدى أول طلب، تكوين العقد، رقم 911.

(4) Le droit، 13275، I، 1987، مصنف الإحتياجات الدوري، J. PAILLUSSEAU Les contrats d'affaires، منشورات Economica، 1987، صفحة 169 وما يليها.

(5) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 99، صفحة 119 وما يليها.

(6) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة الآتفة الذكر، رقم 95، وما يليه، صفحة 115 وما يليها.

(7) D. GRILLET - PONTON، المرجع عينه.

(8) انظر حول مسؤولية الفندق المادة 1962 وما يليها من القانون المدني، وحول امتياز الفندق في شأن المباحثات التي يودعها الزبون، المادة 2102 من القانون المدني، وفي شأن تقادم الدعاوى المقامة على الفندق، المادة 2271 من القانون المدني.

مجموعة موجبات ملتصق بعضها ببعضها الآخر ولا تعود قرراً إلى عقد واحد مسمى قريب. وقد جرى الحكم بأن محكمة البداية (القاضي الوحيد) غير مختصة للنظر في دعوى طرد مقيم من مقر فندق، وهو بديلة الصناعة الفندقية، ذلك بأن العقد المبرم مع المقيم، بسبب التقييدات العديدة التي يوفرها المقر، لم يكن عقد إيجار مكان مؤثث لمدة محددة⁽¹⁾. صحيح أن تقديم سكن مؤقت لا يتوافق مع موجب المؤجر لأن الفندق يحتفظ بنوع من السيطرة على الغرفة⁽²⁾. يضاف إلى ذلك أن الفندق يضطلع ببعض التقييدات الملحقة كأمين أمن الزبون⁽³⁾ أو حراسة حوائجه⁽⁴⁾ التي تبدو غير قابلة للانفصال. وعقد الصناعة الفندقية، بسبب إحكام الموجبات التي يولدها على عائق الفندق، لا يمكن إذاً أن يعالئ بعقد مسمى في القانون⁽⁵⁾، حتى ولو كانت الممارسة أعطته اسماً، وشدد الاجتهاد على طبيعته بتعريفه⁽⁶⁾. فالوصف النوعي «المسمى» هو وحده القابل للفهم. ولا ينتج عن ذلك نظام قانوني أصلي كلياً لأنه ليس من نوع خاص حتى ولو كان عقد الصناعة الفندقية غير مسمى⁽⁷⁾.

ب. النظام القانوني للعقد غير المسمى

106 - نخضع العقود غير المسماة لجسم قواعد غير قابلة للتقليص مجمعة حول النظرية العامة للموجبات. يضاف إلى ذلك أن توسيع فئات الإسناد، عن طريق استبعاد بعض عناصر العقد، يعود إلى الاعتراف لتطبيق العقد غير المسمى بقواعد خاصة بنموذج عقد إسناد. وإذا سمينا إلى تحديد نظام العقد غير المسمى نلاحظ أن النظام القانوني الخاص معرفاً أولاً بصورة سلبية، غير أنه لا يستبعد، من حيث المبدأ، تطبيق بعض القواعد القريبة عن طريق المماثلة.

- (1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 شباط 1981، النشرة المدنية، III، رقم 32، صفحة 25. الحكم له ملو له إذ يتعلق بنقض استناد إلى المادة 1709 من القانون المدني.
- (2) انظر موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧٠، «الفندق المؤجر»، 1981، تأليف J. MESTRE، رقم 6.
- (3) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 تشرين الأول 1981، Dalloz، 1982، الصفحة 88 من التقرير.
- (4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1982، الصفحة 179 من التقرير - محكمة استئناف باريس، 12 تشرين الثاني 1986، Dalloz، 1986، الصفحة 487 من التقرير.
- (5) Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 813، صفحة 485.
- (6) النقص الاجتماعي في 12 آذار 1954، Dalloz، 1954، صفحة 311: «لا تختلف طبيعة عقد الصناعة الفندقية عن طبيعة عقد الإيجار المؤثث بكيفيات التسديد وإنما بالتقييدات الثانوية التي لا توجد اعتيادياً في إيجار السكن المؤثث». انظر أيضاً حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 11 كانون الأول 1952، Dalloz، 1953، صفحة 92.
- (7) انظر في شأن هذا الطريق الرقم 99 السابق، وحول عقد الصناعة الفندقية J. MESTRE، موسوعة Dalloz، المشار إليه سابقاً رقم 18 وما يلي.

107 - إخضاع العقد غير المسمى للنظرية العامة للعقوبات.

تخضع المادة 1107 من القانون المدني، الفقرة الأولى، صراحة العقد غير المسمى للقواعد العامة موضوع الباب «في العقود أو الموجبات الاتفاقية على وجه العموم»، أي للمواد 1101 إلى 1369 من القانون المدني⁽¹⁾. التي تشكل ما سماه أحد المؤلفين «النظام التعاقدى الأولي»⁽²⁾.

غير أن الطبيعة الخاصة للعقد التي يتيها الاجتهاد يمكن أن تتعارض مع تطبيق قواعد هذا «النظام» جميعاً، إذ يمكن مثلاً طرح سؤال معرفة ما إذا كانت المادة 1326 من القانون المدني التي تنص على قاعدة إثبات عادية، ينبغي أخذها بهذا المعنى في ما يتعلق بالضمان لدى أول طلب. وبمقدار ما يحمل هذا التعهد من وعد أحادي الجانب بدفع مبلغ من العملة يقتضي تطبيق المادة 1326 بلا قيد أو شرط، بحيث أنه يجب أن يكون ثمة بدء بئنة خطية في حاك عدم كفاية ما ورد في المخطوطة، وينبغي أن يكون بإمكان القاضي أن يستحوذ على العقد الأساسي لتحديد الموجب الصحيح لضمأن - غير أنه بالإمكان أيضاً بيان أن هذا التعهد مستقل. وكما شدد على ذلك السيد Simler: «استقلالية الضمان تتطلب أن يكون مبلغها محدداً بوضوح. والفرق بالنسبة إلى الكفالة في هذا الصدد له مدلوله. ففي حين أن امتداد تعهد الكفيل يمكن أن لا يكون محدداً إلا بالنسبة إلى الدين الأصلي: ضمان دين محدد مع توافقه كلها، أو ضمان ديون المدين جميعاً تجاه الدائن، بدون تحديد المبلغ، فإن اشتراطاً كهذا لا يمكن فهمه في إطار ضمان إرادة الفريقتين مستقلاً والاستقلالية والإسناد إلى العلاقة الأساسية في ما يتعلق بتحديد مبلغ التعهد يكونان متناقضين. وإسناد كهذا يستدعي بالضرورة أن يتم التحقق من حقيقة موجب المدين الأصلي وامتداده، مما يتناقض مع الاستثناءات الملازمة للضمانات المستقلة»⁽³⁾، وبالتالي يجب أن ينتج عن ذلك أن البئنة الخارجية غير مقبولة. وعليه يجب أن لا يكون من الممكن تطبيق المادة 1326 من القانون المدني في معناها المألوف، عدا أن لا يندرج الضمان لدى أول طلب، تحت غطاء التطبيق الدقيق للنظام العقود الأولى، سوى تنوع محتمل للكفالة. غير أن الاجتهاد عند ذلك يدمر الفئة القانونية التي أوجدها هو نفسه. والمسألة معروضة حالياً على محكمة النقض.

وقد عمم الاجتهاد فواعد أخرى سنّها المشرع في صدد العقد الخاص واندمجت في النظرية العامة للموجبات. فوصف العقد يكفي لتطبيق القاعدة بدون أن يكون من المفيد التساؤل حول وصف العقد أو البحث عن الفئة القانونية الخاصة التي يمكن برتبط بها اتفاق الإرادتين.

(1) بهذا المعنى PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français* الجزء VI، 1952، تأليف P.ESMEIN، رقم 42، صفحة 45. وكذلك موسوعة Dalloz، *Féris* القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧٧،

الطرد والالتزامات، تأليف L. BOYER، 1993، رقم 90. انظر الرقم 100 السابق.

(2) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 322، صفحة 363.

(3) *Cautionnement et garanties autonomes*، منشورات Lescq، الطبعة الثانية، 1992، رقم 903.

وهذا هي حال مبدأ تحظير التعهدات الأبدية المرتبط بالمادة 1709 من القانون المدني المتعلقة بعقد الإجارة عندما يكون للتعهد طابع الذمة المالية⁽¹⁾، وبالمادة 1780 من القانون عينه في ما يختص بالتعهدات الشخصية⁽²⁾.

108 - إخضاع العقد غير المسمى للقواعد التي تنم عن التصنيف العام.

العقد الموصوف «بغير المسمى»، من أنواع معينة، يمكن أن يرتبط بصفة معروفة سابقاً، فتكون القواعد المطبقة على هذه الفئة بالتالي منلورة للتطبيق على العقد غير المسمى⁽³⁾، ذلك بأنها اندمجت في النظرية العامة لعقد الإسناد.

وقد شاهدنا مثلاً، في ما يتعلق بتطبيق قرينة المسؤولية الملغاة على عائق مستأجر شيء مؤجر في حالة الحريق⁽⁴⁾ توسيعاً للفئة القانونية لإيجارات المنازل والأموال الريفية التي تطبق عليها القرينة⁽⁵⁾.

وجرى الحكم بأن أجيراً يستفيد من مسكن مخصص لسكنه بشكل تابع لوظائفه ويشغل الأمانة الموضوعية بتصرفه من قبل مستخدمه بمقتضى عقد هو عقد إيجار مع أنه يخضع لقواعدها خاصة، والتمتع بالأمانة لم يمنع مجاناً، وأن مقابله هو عمل الأجير، فينتج عن ذلك أن أحكام المادة 1733 من القانون المدني تطبق في مثل هذه الحالة⁽⁶⁾.

وحكمت محكمة النقض بالطريقة عينها في 2 حزيران 1977⁽⁷⁾ بالنسبة إلى عقد إجارة فعلية قابل للوصف بعقد «خارج الصناعة الفندقية» بالأصح بسبب توفير المؤجر بعض التسهيلات الملحقة، بأن «الإشغال العقدي للأماكن لقاء مقابل، ولو كان بصفة مؤقتة، يخضع المشاغل القرينة المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1733 من القانون المدني». والطابع المؤقت للإشغال بدون تأثير في الوصف النوعي للعقد. ولذلك لوحظ أن الاجتهاد تخلص من وجود إيجار بالمعنى الضيق لتطبيق المادة 1733 من القانون المدني⁽⁸⁾.

(1) النقض المدني في 20 آذار 1929، Dalloz الدوري 1930، 1، 13، تعليق VOIRIN.

(2) انظر الرقم 180 اللاحق وما يليه.

(3) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 326 وما يليه، صفحة 366 وما يليها.

(4) المادة 1733 من القانون المدني: «بالاستأجر من الحريق إلا أن يثبت أن الحريق حصل بحدث فجائي أو قوة ظاهرة أو من هيبة في البناء، أو أن الحريق امتد من منزل مجاور».

(5) على أن القرينة، استبعدت بالنسبة إلى الإيجارات المتعلقة بالمؤسسات التجارية، النقض التجاري في 16 تموز 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 284، صفحة 239، في حين أن القرينة كانت متلفة في السابق إلى إيجار الأموال المؤقتة، النقض المدني في 16 آب Dalloz الدوري 1982، 83، 1، 213.

(6) النقض الاجتهادي في 3 آذار 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 236، صفحة 204.

(7) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 2 حزيران 1977، النشرة المدنية، III، رقم 238، صفحة 181، Dalloz 1977، صفحة 694، رد Chambéry، 17 حزيران 1975، Dalloz 1977، صفحة 498، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1976، النشرة المدنية، III، رقم 312، صفحة 236، Dalloz 1976، الصفحة 13 من التقرير.

(8) موسوعة Dalloz، لهرس القانون المدني، الطبعة الثالثة، V، الإيجار، 1987، تأليف B.K.، رقم 416.

وكان هذا الحل موضع انتقاد، فقد بين مؤلفون أن قرينة المسؤولية لا يمكن أن تطبق، ذلك بأن المسؤولية بدون خطأ (المادة 1733 من القانون المدني) لا يمكن فهمها اليوم إلا بسبب موجب التامين الذي لا يمكن أن يفرض على المؤجر الفعلي. يضاف إلى ذلك أن الموجبات الأخرى الملازمة لعقد الإيجار، كعبء الإصلاحات الإيجارية، لا يمكن فهمها بالنسبة إلى العقود المحددة مدتها ببضعة أيام وعلى الأكثر لأسابيع معدودة⁽¹⁾. وقد رأينا في العقد «خارج الصناعة الفندقية» تجديداً لعقد الإجارة المؤتة الذي يفتقر عن الإيجار المؤت بتوفير بعض التقديرات الثانوية التي لا تعود مع ذلك إلى مجال عقد الصناعة الفندقية، واقترح وصف الإيجار الفعلي التقليدي بعقد إشغال مؤقت؛ وهاتان الاتفاقيتان غير المعروفتين في القانون المدني يجب أن لا تخضعا للأحكام التي تنظم عقد الإيجار الفعلي بسبب استقلالتهما⁽²⁾.

إن قرينة المسؤولية الواردة في المادة 1733 من القانون المدني لا يمكن، في أي حال، أن تقوم بدور إلا أن تكون لمة اتفاقية متعلقة بإشغال الأماكن⁽³⁾.

وعندما تكون للعقد أصالة مؤكدة أكثر من اللازم لا يكون توسيع فئة الإسماء قابلاً للفهم. ويمكن بالتالي تطبيق القواعد الأعم ما عدا عن طريق المماثلة⁽⁴⁾.

وقد رُئي أن قرينة المسؤولية الواردة في المادة 1733 من القانون المدني يتعذر تطبيقها عندما ينتج إشغال الأمكنة عن عقد من نوع خاص يستبعد الإيجار، والإجارة الإرادية حتى إجارة الخدمات، ويتوافق مع تعهد مؤقت لمدة تجربة بدون اشتراط بدل إيجار أو عائدة أو أجر⁽⁵⁾. وذلك على وجه الخصوص لأن أي مقابل مالي لم يكن يشترط أن يكون وصف الإيجار، بالمعنى الواسع، مستبعداً.

109 - يحلده النظام القانوني الخاص للعقد غير المسمى صلياً على وجه العموم.

غالباً ما يتذرع المتقاضى بوصف العقد غير المسمى لتجنب تطبيق القواعد المطبقة على الاتفاقيات القريبة. وقد رأينا أن هذا المسمى متقدم على وجه الخصوص عندما يواجه العقد بقواعد من الانتظام العام⁽⁶⁾. بيد أن المحاكم تستبعد بصورة عامة تطبيق القواعد البديلة المتعلقة بالعقد غير المسمى القريب، في حال صمت اتفاقية الفريقين⁽⁷⁾.

(1) A.RÉNABENT et C.LUCAS DE LEYSSAC, La nature juridique des locations saisonnières (1977، العدد XXII)، صفحة 242 وما يليها.

(2) A.RÉNABENT et C.LUCAS DE LEYSSAC، المرجع منه.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 220، صفحة 120.

(4) انظر الرقم 110 لاحقاً.

(5) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 كانون الأول 1970، النشرة المدنية، III، رقم 1703 Dalloz 1971، صفحة 57 من المرجز، مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، IV، 24.

(6) انظر الرقم 100 السابق.

(7) انظر D. GRILLET - PONTON، الأطروحة الألفية الذكر، رقم 318 و 319، صفحة 360 وصفحة 361.

ويتبعي أن لا يستتج من ذلك أن نظام عقد كهذا يخضع فقط لقواعد عامة. فبإمكان الغريتين أن يحددا في التفصيل مفاعيل اتفاقيتهما. وهذه الطريقة متبناة أحياناً⁽¹⁾ حتى ولو لم تفرض على المتماقدين، فاستخدامها يتيح إنتاج مفعول كامل لإرادتيهما عندما يكون العقد غير المسمى معترفاً به، فلا يعود إذ ذاك من الضروري اللجوء مثلاً إلى طريقة المماثلة لتحديد النظام القانوني للعقد⁽²⁾. غير أنه من الضروري أن يكون الغريتان قد عبرا بوضوح عما اتزما به، وإلا يخشى أن يدمر التفسير القضائي للاشتراطات العقدية التوازن الاتفاقي⁽³⁾.

110 - تحديد النظام القانوني الخاص بالعقد غير المسمى باستخدام طريقة المماثلة.

لا يحدد المتعاقدون بصورة عامة النظام القانوني الذي يتوخون إخضاع عقدهم له. والنزاع المحتمل الذي يواجهونه لا يمكن بالتالي حله دائماً بشكل سلمي. وهكذا يسرغ اللجوء إلى طريقة المماثلة التي «ترضي حاجة الأمن القانوني بإتاحة امتداد القواعد المبينة التي تخضع لها العقود غير المسماة إلى تجديدات الممارسة»⁽⁴⁾. وليس القانون العام (droit commun) للعقد هو الواجب التطبيق عن طريقة المماثلة، طالما أن هذا القانون مندرج دائماً ليسوس أي اتفاق لإرادتين، وإنما القواعد الخاصة التي تسوس عقداً قريباً يمثل الصلة الأشد بالعقد غير المسمى.

وهذه الملاحظة، من وجهة نظر نظرية، تقود إلى الاعتراف بأنه من الدقيق عملياً التفريق بين توسيع فئة الإسناد الذي يترجم بتقليص عناصر الوصف إلى قاسم مشترك والتطبيق الدقيق لطريقة المماثلة التي تفترض الحفاظ على ذاتية أكيدة للعقد المنعوت سابقاً بغیر المسمى.

وتفترق السيدة Grillet-Ponton في فئة العقود غير المسماة بين العقود «النموذجية» والعقود «غير النموذجية» تبعاً لارتباطها بفئة خاصة بالرعاية أم لا⁽⁵⁾. والاستدلال التماثلي ليس مع ذلك محدوداً بفئة واحدة عن الفئات الفرعية التي تبنتها: «التصنيف الثمني على «النموذجية» غير المتساوية للعقود غير المسماة له امتداده على صعيد التوسيع التماثلي في فارق درجة أكثر من فارق طبيعة»⁽⁶⁾. غير أن المؤلف لاحظ في شأن «توسيع القواعد الخاصة بالقانون العام للعقود» إن طريقة المماثلة لا تبدو كثيرة الاستعمال من قبل الاجتهاد مما يترفع إلى البرهنة على عدم قابلية تطبيقها. بيد أن المؤلف ليس في صف هذه الخلاصة ويفسر هذا

(1) J. PAILLUSSEAU, Les contrats d'affaires (1987, 1, 3275, رقم 133).
Le droit contemporain des contrats, منشورات Economica, 1977, رقم 33, صفحة 181 وصفحة 182.

(2) انظر الرقم 110 اللاحق.

(3) D. GRILLET-PONTON, الأطروحة المألفة الذكر، رقم 341، صفحة 384.

(4) انظر الرقم 98 السابق.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 350، صفحة 396.

الرفض بحدود طريقة المعاملة. «امتداد المعاملة لا يمكن تطبيقه عندما لا يكون سبب التسوية الذي يتعش القاعدة الشاذة المرتبطة بعقد غير مسمى كهذا، رغمًا عن المماثلات المتحقق منها، موجوداً في اقتصاد العقد غير المسمى. وهذا الوضع ينتج بتواتر إلى حد ما⁽¹⁾».

وطريقة المعاملة التي تتناول القواعد الخاصة قليلة الاستعمال ذلك بأنه يصعب توفيقها في الحقيقة مع ذاتية العقد غير المسمى، على الأقل في ما يتعلق بتطبيق بعض القواعد الخاصة التي ليس لها في النهاية موضوع سوى أن تسوس العقد الخاص. وتفضل المحاكم، بعد أن أعطت اسماً للعقد، تحديد طبيعة الموجبات التي يولدها. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 13 كانون الأول 1988⁽²⁾، «بأن عقد التدريب (لجواد سباق) لا يحوي، عدا وجود شرط معاكس، سوى موجب وسائل بالنسبة إلى أمن الحيوان».

(1) الأطروحة المذكورة آنفاً. رقم 389، صفحة 436 وصفحة 437.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 359، صفحة 243.

القسم الثاني

المنازعة القضائية في وصف العقد

111 - لا يتوقف وصف العقد من قبل القاضي على تنفيذه من قبل المدين. على أنه من الممكن أن يحدد باشتراطات تكميلية لاحقة لإبرام العقد، ويمكن أن يفند تعديل الموضوع هذا الوصف.

112 - وصف العقد مستقل عن عدم تنفيذ موجب المدين.

يتوقف وصف العقد على طبيعة اتفاق الفريقين الذي يقدر في يوم تكوينه⁽¹⁾، كصحته يقطع النظر عن تنفيذ العقد من قبل المدين. وهكذا جرى الحكم بأن عقد صناعة قنديية يضع مؤجر بمقتضاه غرفة بتصرف المستأجر لا يفقد هذا الوصف من مجرد تخلف المؤجر عن موجباته⁽²⁾. وحكمت محكمة النقض بالطريقة عينها بأن كفيات التنفيذ التي يقرها الناقل من جانب واحد، في شأن عقد نقل، سبق إبرامه على هذا النحو بين الفريقين، لا يمكن أن يكون مفعوله استبدال وصف عمولة نقل بوصف عقد النقل⁽³⁾.

والطريقة التي طبقتها محكمة النقض في مادة الوصف ليست سوى تطبيق المادة 1134، الفقرة 2 من والفقرة 3، من القانون المدني التي بمقتضاها لا يمكن الرجوع عن الاتفاقيات إلا برضا الفريقين المتبادل ويجب أن تنفذ بحسن نية. ويغدو هذا النص حبراً على ورق إذا تم قبول أن المتعاقد بإمكانه من جانب واحد تعديل وصف العقد، أي ما كان يريد الفريقان أو ما تعاقدا عليه فعلياً، إما برفض القيام بموجباته، وإما بتبني كفيات تنفيذ غير متوافقة مع العقد المبرم في الأساس. ويتقضي تقدير وصف العقد في أونة تكوينه لأنه إحدى بيانات قوته الملزمة وهو يحمي أحد المتعاقدين ضد تعسف الآخر، بالاستقلال عن المسؤوليات

(1) استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني حكمت الفقرة الاجتماعية في محكمة النقض، في 11 نيسان 1991، (النشرة المدنية، V، رقم 184، صفحة 114) بأن «شرط الرجوع عن العقد (عقد العمل) لمدة محددة يقدّر في تاريخ إبرام العقد». وتفسير وصف العقد لمدة محددة يجب أن يتم في هذه الأونة.

(2) النقض الاجتماعي في 27 كانون الثاني 1960، النشرة المدنية، IV، رقم 97، صفحة 66.

(3) النقض التجاري في 13 شباط 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 83، صفحة 61.

المتوقعة. وذلك هو السبب الذي من أجله لا يتوقف الوصف الخاص للإيجار على الاستعمال الذي يباشره المستأجر في المال المؤجر، وإنما على نية الفريقين المشتركة⁽¹⁾ المقدرة عند إبرام العقد.

وبالطريقة عينها يحمي الأشخص الثالثين رفض الأخذ في الاعتبار عدم تنفيذ المدين موجباته بحجة وصف العقد. وليس في وسع أحد المتعاقدين الاحتكام وراء وصف عدله من جانب واحد، بفعل عدم تنفيذه، لكي يفرض وضعاً قانونياً آخر على شخص ثالث في العقد أو لكي يحمّل من مسؤوليته المحتملة تجاه هذا الأخير.

وبالمقابل لا يتعارض أي نص قانوني مع أن يحدد الفريقان معاً وصف عقدهما بتبني اشتراطات لاحقة.

113 - تأثير الاشتراطات اللاحقة في وصف العقد.

لا يتعلق الأمر هنا بأوصاف متتالية، وإنما بوصف وحيد قابل للتحديد عن طريق اشتراطات مختلفة تتم في أوقات مختلفة. وهكذا يكون الوصف المعتمد موحداً بالضرورة، على اعتبار أن عامل الوقت مستبعد. وليس ذلك في النهاية سوى إظهار اللانقاسامية⁽²⁾. أضف إلى ذلك أن محكمة النقض أخذت بأن وصف العقد يمكن أن ينجم عن المقارنة بين عقود متميزة غير متلازمة⁽³⁾. وبشكل واضح ينشأ، في 12 تشرين الأول 1993⁽⁴⁾، أنه إذا كانت شروط صحة شركة يجب تقديرها عند تكوينها، فإن في وسع القاضي، لوصف العلاقات العقدية بين الفرقاء، أن يعتمد على عناصر لاحقة لبده تعدياتهم. وهذه القاعدة ينبغي أن تمتد إلى العقود كافة.

والمقصود أخيراً البحث عما أراد الفريقان فعله في الحقيقة، بدون الارتباط بمعيار زمني صرف وبالتالي كيفي. ولا يبدو أن الانتظام العام للحماية يمكن أن يكون عائقاً أمام التأثير الحاسم للاشتراطات اللاحقة ما عدا إرادة أحد الفريقين المتعمدة في تزوير حقوق شريكه في التعاقد.

ومع ذلك تطرح مسألة معرفة ما إذا كانت هذه الاشتراطات قابلة لأن تفسد الوصف الأولي للعقد.

(1) الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1978، النشرة المدنية، III، رقم 255، صفحة 196.

(2) انظر الرقم 93 السابق.

(3) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في 21 شباط 1957، النشرة المدنية، IV، رقم 205، صفحة 141، في صدد إيجار لمدة سنة قابل للتجديد، وقد تبعه عقد آخر متعلق بإيجار أثاث متروك في الجناح. وقد ردت محكمة النقض الطعن بحجة أن قضاة الأساس، باستخدام سلطتهم السيدة في تفسير الانتهائيات المعقودة بين الفريقين، تمكنوا من التقدير أن عقد إيجار الأثاث يبدو مرتبطاً بالإيجار ويشكل معه كلاً غير قابل للانقسام يعبر بدون أدنى شك عن نية الفريقين المشتركة في أن يبرما، في عقدين متتاليين، وذلك غير محظر، اتفاقاً إجمالياً يتناول في النهاية إيجاراً حقيقياً مؤثماً، وهكذا ليس في وسع المتأخر الاستفادة من حق البقاء في الأماكن الذي أنشأه قانون أول أيلول 1948.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 330، صفحة 237.

114 - يمكن أن يفسد تعديل موضوع العقد بإرادة الفريقين المشتركة لاحقاً لإبرامه وصف هذا العقد بدون تحقيق استبدال بشكل كلي.

ليس للتعديل البسيط للموضوع بالضرورة مفعول تحديد طبيعة العقد أو استبدال الموجب المعقود سابقاً⁽¹⁾. يمكن عند ذلك أن تكون هناك سلسلة أوصاف متتالية بإرادة الفريقين بدون انقطاع الرباط القانوني الأولي، وبالتالي استمرار هذا الرباط. وفي ذلك تعديل للموجب وحسب. واستهلاكية المواضع، في عرف السيد Ghazi، هي التي تتيح تقنية التعديل، وإنما بدون أن يكون بإمكان وجود الأوصاف المتتالية الممكنة أن تسوّغ وحدها استبدالاً أو تبايناً متبادلاً يتبعه إنشاء موجب جديد متميز كلياً⁽²⁾.

وفائدة هذا التحليل يان أن وصف العقد ليس معيار الاستبدال⁽³⁾.

115 - القاضي هو صاحب الصلاحية في وصف العقد.

تحديد الفئة القانونية التي يعود لها العقد تفسح في المجال للنزاعات، إما بين المتعاقدين الذين وصفوا عقدهم هم أنفسهم، وإما بين المتعاقدين والأشخاص الثالثين، عندما لا يكون الوصف متوافقاً مع الحقيقة. وهذه النزاعات يحلها الفريقان بدون مراعاة الإرادة المعبر عنها، بشكل واضح إلى حد ما. ومن المقبول بالفعل أن ما يفعله الفريقان له أهمية أكثر مما يقولان⁽⁴⁾. والسلطة القضائية هي المزودة بالدرجة الأخيرة بسلطة وصف الاتفاقيات⁽⁵⁾.

وكان Josseland قد شدد، في عام 1928، على أنه «لا يمكن أن يتوقف على الاتفاقيات تغيير طبيعة العقد وإنساد الفردانية بأن ينسب إليها اسم لا يناسبها مطلقاً، والغلط في الصيغة، عن وعي أو لا إرادياً، لا يغير محتوى القمقم»⁽⁶⁾. ويتعبّر آخر لا يتملص الانتقال من الواقع إلى القانون من سيطرة الإدارة. وقد جرى التأكيد، بهذا المعنى، أن الوصف هو من الانتظام العام⁽⁷⁾.

وأخذ Motulsky، وهو يحلل دور كل من القاضي والفريقين، بأنه «ليست القاعدة القانونية المثارة ولا الوصف المستخدم جزءاً من مسبب الادعاء»⁽⁸⁾ الذي ينبغي أن يعرف بأنه

(1) A.GHOZI, La modification de l'obligation par la volonté des parties, L.G.D.J., 1980، مقدمة D.TALON، رقم 36 وما يليه، صفحة 18 وما يليها.

(2) الأطروحة الثالثة للدكتور، رقم 76 وما يليه، صفحة 37 وما يليها.

(3) انظر استرداد الموجب.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 198 ورقم 220، تعليق 27 ورقم 654.

(5) نصف الإدارة من جديد أحياناً العقد لغاية ضريبية بحث. وفي حال احترام المكلّف تكون السلطات القضائية دائماً هي المزودة بسلطة مراقبة الوصف الصحيح للعقد المنازع فيه.

(6) Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé، طبعة جديدة للمركز الوطني للبحث العلمي، C.N.R.S.، 1984، رقم 320، صفحة 400.

(7) JOSSERAND, Les mobiles...، رقم 322، صفحة 401.

(8) Dailloz, H.MOTULSKY, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge، 1964، =

«الظروف الواقعية المثارة من أجل تبيان القانون الذاتي الذي يترجم بمقتضاء الادعاء المرفوع إلى القاضي»⁽¹⁾. واستنتج من ذلك أن الوصف القانوني لا يشكل، من حيث المبدأ، جزءاً من سبب الادعاء وهو بمنحى من إرادة المتقاضين. والطابع غير الأمر لمعيار ما ليس من شأنه تحديد سلطة القاضي لأن عليه واجب تطبيق القانون⁽²⁾. ويضيف المؤلف، في الذعنية عنها «لا يُعقل» إذا جرى، لسوء الحظ، تقديم قاعدة أو وصف ما، أن يجد القاضي نفسه مكبلاً بهذا الاقتراح، وأن يخسر الفريق الذي أخطأ مستشاره، في عرف القاضي، في التقرير القانوني للوضع دعواه، في حين أنه كان يكفي، بدون المساس بالبناء الواقعي المكوّن من خرائع الفريقين، وضع الوصف أو استبدال قاعدة قانونية بالقاعدة المثارة لكي يربح هذا الفريق نفسه قضيت...»⁽³⁾. ويرى المؤلف في المادة 12 من مرسوم 9 أيلول 1971 تكريساً لفرضيته⁽⁴⁾، إلا أنه يطرح على نفسه المسألة في ما يتعلق بموجب القاضي تجاه النص الذي أبطله مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان)⁽⁵⁾ والذي كان يتفهم أن القاضي «بإمكانه أن يثير عفواً أسباب التسوية القانونية البحث أياً كان الأساس القانوني الذي يستند إليه الفريقان». وهكذا كان هناك تعارض بين واجب القاضي، كما كان واراذاً في الأحكام التمهيدية، وسلطة القاضي العادية، «وإذا ما غلبنا تعبير «يجب عليه» على «بإمكانه» فإن القاضي ملزم، تحت طائلة النقص، بأن يقوم «بالدورة الكاملة» للمسائل القانونية، وتفحصها ضروري، للحل الصحيح للدعوى؛ وهو حر، في الحالة المعاكسة، في أن يهمل بعض المظاهر»⁽⁶⁾. وقد غلب Motulsky «يجب عليه» على «بإمكانه»⁽⁷⁾.

وقد شرح السيد Bolard، في مقالة بعنوان «Henri Motulsky et les principes de procédure civile» بأن التفريق الذي اقترحه Motulsky بين الوقائع المثارة صراحة من قبل الفريقين و «الوقائع الطارئة» يجب أن يتيح تحديد وظيفة القاضي بدقة أكبر، فيكون القاضي ملزماً بأن يأخذ في الحسبان الوقائع الأولى، وعليه إذاً أن يصحح تلقائياً الوصف المغلوط

« العرض XXXIV، صفحة 235 وما يليها، ورقم 9، صفحة 237. Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: La consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9

1972 Dalloz, septembre. العرض XVII، صفحة 91 وما يليها، ورقم 32، صفحة 98.

(1) H.MOTULSKY, La cause...، رقم 4، صفحة 236.

(2) H.MOTULSKY, La cause...، رقم 24 وما يليه، صفحة 243.

(3) H.MOTULSKY, Prolégomènes...، رقم 36، صفحة 99.

(4) H.MOTULSKY, Prolégomènes...، رقم 44، صفحة 101.

(5) مجلس الدولة، 12 تشرين الأول 1979، Rassemblement des nouveaux avocats de France، صفحة

606، تعليق BÉNABENT مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، II، 19286، طلبات FRANCK،

وتعليق J.BORE، مجلة قصر العدل، 1980، 1، 6، تعليق JULIEN. وكذلك: P.DELVOLVÉ, Le

nouveau code de procédure civile devant le Conseil d'Etat. العرض XLVI، صفحة 280 وصفحة

281.

(6) H.MOTULSKY, Prolégomènes...، رقم 45، صفحة 102.

(7) المرجع عنه والاشهاد ذاته.

الذي اقترحه الفريقان. وبالمقابل لن يكون ملزماً بهذا الموجب تجاه الوقائع الطارئة» أي الوقائع موضوع المناقشة التي لا يكون انتباه القاضي موجهاً إليها بصورة خاصة أو التي لا تشكل موضوع استنتاج قانوني اقترحه الفريقان صراحة، والمادة 7 من مدونة قانون الإجراءات المدني تسوّغ هذا الفارق.

وبالتالي فإن إمكانية الفريقين في تقييد القاضي باتفاق صريح، بالنسبة إلى الأوصاف والنقاط القانونية التي يتوخيان تحديد النقاش فيها، تتمثل كدفع. وهذه إمكانية تتيح إخضاع عنصر قانوني محفظ به اعتيادياً للقاضي لشرط متعلق بالدعوى لعنصر واقعي. وهذا العنصر يدخل إذاً في مجال مبدأ التصرف بالدعوى وبمقتضاء يكون الفرقاء أسياد المادة النزاعية⁽¹⁾، مما يحدد البت القانوني بالنزاع الذي ينبغي أن يكون أمام القاضي. ويتعلق الأمر هنا بتحديد مادة المنازعة القضائية المتروكة استثنائياً لاستنباط الفرقاء.

ويتوخى منطق هذا التحليل أن لا يتم اللجوء إلى اتفاق صريح للفرقاء إلا عندما يضع القاضي يده على النزاع، ذلك بأن مادة النزاع لا تحدد إلا انطلاقاً من هذه الآونة. على أن Motulsky يقبل أن يكون بإمكان الفريقين تقييد القاضي بوصف متفق عليه عند إبرام العقد شرط أن لا يصطدم بالانتظام العام⁽²⁾، وهذه الآراء، مع أنها كانت مصدر إلهاء لواقعي مدونة الإجراءات المدني الجديدة، لم تأخذ بها محكمة النقض وتكرسها إلا جزئياً رغبة عن التفتين الصلب.

إن المادة 12 من مدونة الإجراءات المدني الجديدة تعتمد المبدأ الطارئ الذي بمقتضاء: «يبت القاضي بالنزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه». وتبين الفقرة الثانية من هذا النص أن «عليه إعطاء الوصف الصحيح للوقائع والأعمال المنازع فيها أو تصويبها بدون التوقف عند التسمية التي يمكن أن يكون الفريقان قد اقترعاها».

وتتضمن الفقرة الثالثة استثناء، وتتيح للفريقين، في بعض الحالات، تقييد القاضي بوصف ما «يبد أن القاضي ليس في وسعه تغيير التسمية أو الأساس القانوني عندما يقيد الفريقان، بمقتضى اتفاق صريح وبالنسبة إلى الحقوق التي لهما حرية التصرف بها، بأوصاف ونقاط قانونية توخيا تحديد النقاش بها».

وسوف نتفحص وصف العبد تجاه السلطات التي يمتلكها القضاة العائليين، مع التفريق بين الصلاحية المبدئية (الفقرة 2) والصلاحية المقيدة (الفقرة 3) التي تبقى الاستثناء.

(1) H.MOTULSKY, La cause... رقم 5، صفحة 236.

(2) H.MOTULSKY, La cause... رقم 11، صفحة 238.

الفقرة 1 - صلاحية القاضي المبدئية

116 - وصف العقد يعود لوظيفة القاضي (المادة 12 من مدونة الإجراءات المدنية الجديدة، الفقرة 1 والفقرة 2). ويقتضي تحديد طبيعة وظيفة القاضي قبل دراسة وصف العقد من قبل محكمة النقض.

I - طبيعة وظيفته القاضي

117 - للمحاكم سلطة إعطاء الوصف أو تقويم الوصف غير الصحيح للعقد، شرط احترام المبادئ الأساسية للإجراء المدني.

أ - سلطة الوصف أو إعادة الوصف (أو الوصف من جديد)

118 - زودت محكمة النقض المحاكم دائماً بسلطة وصف عمل قانوني أو إعادة وصفه بالاستقلال عن الاسم الذي أعطاه الفريقان إياه؛ أنها تسهر على أن لا تتخلى محاكم الأساس عن هذه السلطة لأنها ترتكب إذاك تجاوزاً سلبياً لحد السلطة. غير أن محكمة النقض لم تنصب هذه السلطة كواجب عندما يتعلق الأمر بإعادة الوصف، على عكس الرأي الذي دافع عنه Motulsky، وكذلك النص الحرفي للمادة 12، الفقرة 2، من مدونة الإجراءات المدنية الجديد، إلا أن تكون قاعدة من الانتظام العام من منوارة لتنظيم العقد. (1) المحاكم مزودة بسلطة الوصف وإعادة الوصف التي لا يسعها التخلي عنها.

119 - وصف العقد مستقل عن الاسم الذي أعطاه الفريقان إياه والذي لا يفيد القاضي. إن الوصف بصورة عامة ووصف العقد بشكل خاص ميدان ثابتان ويعودان لوظيفة القاضي، وقد اعترفت محكمة النقض للمحاكم بسلطة وصف توافق إرادتين⁽¹⁾، أو إعادة وصف اتفاقية سماها الفريقان خطأ. ينتج ذلك أن مجرد تسمية العقد لا يشكل عائقاً أمام القاضي الذي يبقى، من حيث المبدأ، سيد القانون⁽²⁾.

وينبغي عدم الخلط بين الوصف الصحيح للعقد والصورة. فالصورة تركز على إنشاء ظاهر كاذب لإخفاء الحقيقة⁽³⁾. وخاصيتها الرئيسية أن تكون

(1) انظر النص الاجتماعي في 31 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، 7، رقم 624، صفحة 376، محكمة الاستئناف التي يعود لها وصف العلاقات القانونية التي ربطت الفريقين.

(2) H.L.J. MAZÉAUD, *Leçons de droit civil*, الجزء II، المجلد 1، الموجبات: النظرية العامة، الطبعة الثامنة، مشورات اللاحق وما يليه. 1991، تأليف Fr. CHABAS، رقم 355، صفحة 323.

(3) انظر الرقم 504 اللاحق وما يليه. P. ESMEIN، رقم 333 وما يليه، صفحة 428 وما يليها. L. JOSSERAND، 1982، *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*، إعادة طبع من قبل المركز الوطني للبحث العلمي، 1984، رقم 102 وما يليه، صفحة 240 وما يليها. انظر الرقم 504 اللاحق وما يليه.

إرادية، فالمتعاقدان يخفيان بتصر عن الأشخاص الثالثين طبيعة الاتفاقية الحقيقية التي عقداها. هناك إذاً عقد ظاهري وعقد مستتر، إلا أنه ليس ثمة أي شك، في ذهن الفريقين، في الوصف الحقيقي للعقد الصوري. فالعقد الشكلي يتضمن بيعاً، بيد أن الفريقين اتفقا سراً على عدم دفع الثمن. فالعمل الظاهري هو بيع، غير أن العمل المعقود حقيقة هو هبة. ويغدو وصف العقد موضوع دعوى إعلان الصورية. وهذه الدعوى تتيح للأشخاص الثالثين التسك بأن العمل المستتر هو الحقيقة⁽¹⁾.

ولوصف العقد مجال مختلف؛ أنه مستقل عن الصورية. فليس هناك سوى عمل واحد، غير أن الفريقين اتفقا على طبيعته. فبدعي، مثلاً، أحد الفريقين بأن العمل كفاة في حين أن الآخر يتمك بأن المقصود ضمان لدى أول طلب. فالصورية، كما نرى، أجنبية عن وصف العقد.

وقد أكدت محكمة النقض غير مرة أن قضاة الأساس ليسوا مقيدين بالوصف القانوني الذي أعطاه الفريقان للاتفاقية⁽²⁾. وذلك يعني أنهم يملكون سلطة الوصف، وفقاً للمادة 12 من مدونة الإجراء المدني الجديدة⁽³⁾.

(1) انظر حول تأثير الصورية في القانون الضريبي، B.NAVATTE, La fraude et l'habileté permise en droit fiscal, Dalloz, 1951، العرض XX، صفحة 87 وما يليها، ولا سيما صفحة 90 في ما عني استقلال الوصف في القانون الضريبي.

(2) النقض الاجتماعي في 19 كانون الأول 1952، D. 1953، صفحة 333، تعليق R.SAVATIER. النقض الاجتماعي في 30 أيار 1960، النشرة المدنية، IV، رقم 521، صفحة 442 - النشرة المدنية IV، رقم 571، صفحة 442 - الغرفة المدنية الثالثة، 5 نيسان 1968، النشرة المدنية، III، رقم 462، صفحة 128 - 21 تشرين الثاني 1969، النشرة المدنية، رقم 744، صفحة 564 - 26 حزيران 1973، النشرة المدنية، III، رقم 436، صفحة 317 - Dalloz 1973، صفحة 143 من المرجز؛ المجلد الفصلية للقانون المدني. 1974، صفحة 145 - الغرفة المدنية الأولى، 20 أيار 1981، لهرس DeFrénois، 1982، البند 32863، صفحة 490، تعليق C.Rondeau - Rivier. النقض الاجتماعي 14 تشرين الثاني 1984، النشرة المدنية، V، رقم 428، صفحة 319، وصف عقد صل في حين أن الفريقين وصفاً كعقد شركة محاصة - النقض التجاري في 14 أيار 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 153، صفحة 130، إعادة الوصف الحقيقي من قبل قضاة الأساس للعقد يشكل وعداً بالبيع ملزماً للطرفين، وليس وعداً أحادي الجانب بالبيع - النقض التجاري، 21 كانون الأول 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 281، صفحة 210، انظر أيضاً بالنسبة إلى اشتراط تقاض غير موصوف على هذا النحو من قبل الفريقين، الغرفة المدنية الأولى، 3 كانون الأول 1974، النشرة المدنية، I، رقم 322، صفحة 277 - الغرفة المدنية الثالثة، 18 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، III، رقم 15، صفحة 8، إعادة وصف اشتراط تمريض إشغال يجعله بنداً جزائياً. النقض التجاري في 6 حزيران 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 165، صفحة 114 - النقض الاجتماعي في 17 نيسان 1991، النشرة المدنية، V، رقم 200، صفحة 122، «وجود علاقة عمل أجبر لا يترقب على الإرادة التي عثر عنها الفريقان ولا على النسبة التي أعطاهما للاتفاقية» - النقض التجاري في 29 حزيران 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 247، صفحة 171، تشكل المقود المنازع فيها، وفقاً عن نسبتها، في الحقيقة عقود تعمين حصري.

(3) انظر بالنسبة إلى حكم أبديته محكمة النقض استناداً إلى هذا النص وأعاد وصف صفة أحد الفريقين الذي ادعى أنه كفيل، واهيئته شريكاً في الغرض، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 حزيران 1982، النشرة المدنية، I، رقم 233، صفحة 199، إذ يترامى خلف وصف صفة أحد الفريقين بالبلع وصف العقد. إن أحد الفريقين شريك في الغرض لأنه أهرم عقد قرض.

ويستدعي الاعتراف بسلطة كهذه سؤالا. أليس الوصف، أو بصورة أهم إعادة وصف العقد، تابعا لعدم دقة العقد؟ وبعبارة أخرى ألا يشكل منع المحاكم تشويه التعايير الواضحة والدقيقة للعقد حدود سلطة إعادة الوصف؟⁽¹⁾

والتشويه هو تجاوز لحد السلطة، إذ يقوم القاضي بتفسير العقد في حين أنه لا يملك هذه السلطة بسبب دقة العقد ووضوحه⁽²⁾. فاعلان الإرادة يتوق على نية الفريقين الحقيقية أو المفترضة. هذه هي سيماء مفهوم التشويه في خطوطه العريضة. والقاضي، أخذاً بهذا التحليل، عندما يعلن الفريقان صراحة أنهما أبرما كفالة مثلاً، ملزم بتبني هذا الوصف. ذلك بأن القاضي، إذا أغفل الفريقان تحديد طبيعة اتفاقهما، بإمكانه، تبعاً لادعاءات الفريقين، وصف العقد المتنازع فيه أو إعادة وصفه.

وقد تطلعت محكمة النقض في أول الأمر من هذا النقاش بحكمها أن الظروف الواقعية الخارجية عن العقد والمأخوذة كوثيقة تجعل العقد ملتصقاً بالضرورة⁽³⁾. كانت هذه الأحكام مبنية على الإخفاء أو الظاهر الخادع. وما دام أن العقد غير متوافق مع الحقيقة فإن ذلك يتيح لقضاء الأساس صرف النظر عن المستند الحظي ومناقضته. ولا يمكن أن ينشأ أي نزاع بين سلطة الوصف وتحطير تشويه العقود الواضحة والدقيقة. بيد أن محكمة النقض، على الأرجح لأنه ظهر من الصنعي التقدير أن إعلان الإرادة يمكن أن يجعله ملتصقاً بوجود اعتبارات واقعية محض، أجنبية عن العقد، حاوية إعلان إرادة واضح ودقيق ولا يشملها عقد معادل آخر، قبلت أنه ليست هناك بالضرورة علاقة متبادلة بين نظرية التشويه وسلطة إعادة الوصف.

وقد طرحت محكمة النقض المسألة مباشرة في 2 آذار 1983⁽⁴⁾ بهذه العبارات: «سلطة القاضي في رقابة الوصف لا يمكن أن تتعدى الإرادة الصريحة، والواضحة والدقيقة، التي عبر عنها الفريقان في المواد التي ليست من الانتظام العام». كان الأمر يتعلق بمعرفه ما إذا كانت إحدى الاتفاقيات المسماة «رابطة تسوسها قواعد القانون العام» (droit commun)، يمكن إعادة وضعها كعقد شركة رغمًا عن التعايير التي استخدمها الفريقان. لقد استبعدت الغرفة التجارية في محكمة النقض المطعين بحجة أن قضاء الأساس ينو أن العقد المتنازع فيه أبرم من أجل استثمار منجم وأن نية المشاركة نجمت عن العقد نفسه، وأكثر من ذلك عن مسلك الفرقاء قبل العقد وبعده، وأن محكمة الاستئناف، في حالة هذه التحقيقات، أعادت

(1) انظر حول التشويه، J. BORÉ، La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P. PRAYNAUD، رقم 2306 وما يليه، صفحة 688 وما يليها. وكذلك: F. KERNALÉGUEN، L'orientation du rôle des juges de cassation، أطروحة في دين، طبع على الآلة الكاتبة، 1979، رقم 181 وما يليه، صفحة 424 وما يليها. انظر الرقم 23 اللاحق وما يليه.

(2) انظر J. BORÉ، المرجع عينه، رقم 2339 ورقم-2340، صفحة 698 وصفحة 699.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 تموز 1988، النشرة المدنية، III، رقم 341، صفحة 263. 21 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، III، رقم 744، صفحة 564.

(4) النقض التجاري في 2 آذار 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 85، صفحة 76.

إلى اتفاقيات الفرقاء الوصف الحقيقي وتمكنت من التقرير أن العقد موضوع النزاع كان يشكل شركة.

إن محكمة النقض، بالحكم على هذا النحو، لم تجب مباشرة على المسألة التي طرحت عليها. إن أسباب التسوية التي تبنتها تدعو بالتأكيد إلى التفكير في أنه ثمة التباس بين تسمية العقد وطبيعة الموجبات المضطلع بها، بيد أن المحكمة لم ترد وسيلة الدعم، كما كان من الممكن أن تقدم عليه، بالاحتماء وراء ملطة قضاء الأساس السيدة بإعلانها، حسب صيغة تقليدية، أنه ينتج عن المقاربة بين شروط العقد تباين خالي من أي تشويه. بل على العكس أيدت محكمة الاستئناف، بعد أن دُكرت بصورة خاصة بالشروط المتفق عليها، بأنها أعادت إلى الاتفاقية طبيعتها القانونية الحقيقية.

ويبدو أن المسألة المثارة يجب أن تصاغ بتعابير أخرى على ضوء هذا الحكم. فللتشويه والوصف بالفعل مجالان متميزان، حتى ولو كانت توجد في الغالب منطقة تقاطع معينة. إن تشويه العقد يعاقب التكرار لإعلان الإرادة، وهو يمنع القضاة اللجوء إلى نية الفريقين لتقدير طبيعة العقد ومداه. ولا يسع القاضي، رغمًا عن التباين الواضحة والدقيقة للعقد، أن يبحث عن نية الفريقين الحقيقية. إن الاهتمام، في شأن وصف العقد، ليس هو عينه ذلك بأن الأمر لا يتعلق بتحديد ما أراه الفريقان وإنما ما فعلاه. وقد كانت لنا المناسبة للتشديد على أنه من المتبول أن ما فعله الفريقان أكثر أهمية مما يقولانه. والبحث الذي يقوم به القاضي لا يتناول الإرادة وأعمالها العديدة، وإنما يتناول فقط المعطيات الموضوعية. وعلى سبيل المثال يورد الفريقان أن العقد الذي أبرماه كان عقد رابطة، إنما يظهر لدى قراءة بعض الشروط أن المشاركة في الأرباح والخسائر عنصر موضوعي للاتفاقية وأن نية المشاركة نتجت عن سلك الفريقين قبل العقد وبعده. وهذا العنصر موضوعي ويقتضي التشديد على ذلك. فهذا ما فعله الفريقان بالاستقلال عما أراه. والمحكمة عندما تعلن في هذه الظروف أن هناك عقد شركة وليس عقد رابطة، لا تشوه الاتفاقية لأنها لم تقل إن الفريقين لم يشاءوا إبرام عقد شركة، إنها لا تفسر الاتفاقية، إنها تلاحظ فقط أن وصف العقد لا يتوافق مع ما فعله الفريقان. وبهذا المعنى يمكن تفسير الحكم المستشهد به والصادر في 2 آذار 1982 وتسويغه. يضاف إلى ذلك أنه ضمن هذا الشرط لا يمكن أن يؤخذ على المحكمة تشويه العقد لأن القاضي، بكل بساطة، لم يمارس سلطته في التفسير.

ويبدو أن الاجتهاد الحديث يؤيد هذه الفكرة. ففي 21 نيسان 1988 ردت محكمة النقض⁽¹⁾ قطعاً أبرز مطعنًا على محكمة الاستئناف بأنها انتهكت المادة 1134 من القانون المدني بأخذها بوجود عقد عمل يربط الفريقين في أنهما وصفا اتفاقهما بعقد إدارة غير مأجورة.

(1) الغرة الاجتماعية في محكمة النقض، 21 نيسان 1988، النشرة المدنية، ٧، رقم 244، صفحة 159 - قانون بحكم الغرة الاجتماعية في 31 تشرين الأول 1889، النشرة المدنية، ٧، رقم 624، صفحة 376.

وقد تمسك طالب الطعن بأن المتعاقد، وفقاً للمادة 2 من الاتفاقية، كان مستقلاً في إدارته ضمن حدود الوكالة، وأن التعليمات التي أعطيت له كانت مبنية على الضرورة بالنسبة إلى الشركة في الاحتفاظ بـزئنها وبالقيام بواجب النصيحة تجاه موكله. ينجم عن ذلك أن محكمة الاستئناف، بإعادة وصف العقد، تنكرت لمبدأ قوة العقد الملزمة.

غير أن الغرفة الاجتماعية لم تأخذ بهذه الفرضية بحجة «أن محكمة الاستئناف التي حللت العلاقات الواقعية القائمة بين شركة La Ruche الهاجرية والسيد Cecchin يثبت أن التعليمات الخطية، المتواترة والدقيقة حول مجموعة نشاطات الفرع، كانت قد وجهتها الشركة إلى المدير وأن التقيد بهذه التوجيهات كان مراقباً محلياً غير مرة في الشهر، حتى في الأسبوع، عن طريق ممثل الشركة، وأنها تمكنت من التقدير أن العقد، مع أنه وصف بعقد إدارة غير مأجورة، يحوي رباط تبعية يجعل من السيد Cecchin أجير شركة La Ruche الهاجرية».

إن ما يهم في هذه الحالة هو العلاقات الواقعية الموجودة بين الفريقين. والوثيقة التي تثبت اتفاق الإرادتين لا تقيد القاضي رغباً عن التعابير التي استخدمها الفريقان. فما فعله الفريقان بهم إذاً أكثر مما يتولاه، وبإمكان القاضي شرعاً تجاهل المستند الخطي عندما يثبت موضوعياً أن الوضع الواقعي المقبول من المتعاقدين لا يتوافق مع الوصف المعطى⁽¹⁾.

وينبغي أن لا يستنتج من ذلك أن القاضي، في مادة الوصف، ليس بإمكانه أبداً تشويه الوثيقة التي تثبت توافق الإرادتين. وتعايب محكمة النقض تنكر قضاة الواقع للاشتراطات الواضحة والدقيقة التي لها تأثيرها في وصف العقد⁽²⁾. وعندما لا تثبت المحاكم بما يفعله الفريقان، وإنما تفسر إرادتهما لكي تستنتج الوصف الصحيح للعقد، تتعرض لنقض محكمة النقض إذا كان العقد واضحاً ودقيقاً في جميع بنوده. وبالعكس في وسع المحكمة، بدون أن تشوه العقد، عدم استنتاج النتائج القانونية لتبنيها وأن تتعرض للنقض هذه المرة لانتهاك القانون.

يبقى أن الحد بين الوصف والتشويه صعب الإحاطة به عملياً. إن تفحصنا يقطاً لوقائع القضية يتبع وحده تحديد ما إذا كان القاضي قد اكتفى بالوصف أم لا أو إذا كان قد انساق إلى إغراء التشويه أم لا.

(1) قارن بالقاعدة التي بمقتضاها يتحدد تطبيق اتفاقية جماعية بالنشاط الحقيقي للمقاولة وليس بالبيانات الموجودة في أنظمة الشخص المعنوي (أو الاعتباري) التي يربط بها النقض الاجتماعي في 16 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، V، رقم 274، صفحة 188.

(2) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية في 22 شباط 1887، يوميات الكتابة العدل، 1887، دالبند 23884، صفحة 465، ولا سيما أنه حكم نموذجي إذ يتعلق بحكم نقض - النقض التجاري في 18 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 216، صفحة 188. انظر بالنسبة إلى توسيع هذه الإمكانية في النقض، J.BORÉ، La cassation en matière civile، المذكور سابقاً، رقم 1226 وما يليه، صفحة 414 وصفاً 415.

120 - الرفض المعلن للوصف أو إعادة الوصف يشكل تجاوزاً سلبياً لحد السلطة عندما يظن القاضي نفسه ملتبساً بالاسم الذي أعطاه الفريقان لاتفاقيتهما.

تملك المحاكم سلطة لا يسعها، بهذه الصفة، التنازل عنها. فإذا اختارت ممارستها، طالما أن الأمر، كما رأينا، لا يتعلق دائماً بواجب⁽¹⁾، فلا يمكنها أن تظن نفسها مقيدة بالوصف الشكلي الذي أعطاه الفريقان لتوافق إرادتهما. وإذا لم تمارس هذه السلطة ترتكب تجاوزاً سلبياً لحد السلطة لأنها تضيّق هي نفسها مجال صلاحيتها، فتنتكز للامتيازات التي منحها إياها القانون.

وهذا ما ينجم عن تحليل اجتهاد محكمة النقض. وهكذا تعرض حكم لمحكمة استئناف للنقض لأنها تبنت وصف تفرغ عن إيجار وليس عن إيجار من الباطن بذريعة وحيدة أن العقد وصفه الفريقان بنقل لإيجار، وأن الشركاء في التعاقد، حسب شروطه، كان عليهم خلال مدته تسديد بدلات الإيجار مباشرة للشركة المالكة⁽²⁾. إن ما عاقبته محكمة النقض هو تنكر قضاة الوقائع لسلطتهم كما تشهد على ذلك القاعدة المبينة عرضاً في شكل مبدأ، وبمقتضاها «قضاء الأساس غير مقيد بالوصف الذي أعطاه الفريقان للعقد».

كما صدر حكم منطقي أكثر عن الغرفة المدنية الثالثة في 30 أيار 1969⁽³⁾. فقد حكمت إحدى محاكم الاستئناف بأن اتفاقية منازعاً فيها كانت تتحلل كعقد بالإيجار بساوي إيجاراً، مسمى هكذا في جميع بنود الاتفاقية التي تحدد العرَضُوع وكذلك مبلغ بدل إيجار قطع الأرض المعدة للاستثمار. وبعد أن أوردت أنه «رغمًا عن عمومية المادة 1713 من القانون المدني، هناك أموال غير قابلة لأن تكون موضوع عقد إيجار، ولا سيما عندما يكون من المستحيل التمتع بالشيء المؤجر بدون استهلاك ماهيته» نقضت هذا الحكم المحال إلى رقابتها بحجة أنه «يعود لقضاة الأساس، من جهة أولى، رغمًا عن التعابير التي استخدمها الفريقان، إعادة المعنى الحقيقي للاتفاقية وتحديد طابعها القانوني، وأن الحكم، من جهة ثانية، لم يستخرج النتائج القانونية التي يحويها العقد المنازع فيه الذي يشكل بيع معدات معدة لاستخراجها ومنظور إليها في حالتها المستقبلية كمتقولات، كمتقولات بالتخصيص، وذلك مقابل عائدة تحسب وفق كمية المنتجات المستخرجة»⁽⁴⁾. ويظهر من قراءة أسباب التسوية هذه أن محكمة النقض تفرق بين تنكر قضاة الأساس لسلطتهم في الوصف والوصف بحصر المعنى. وتقود بنية أسباب التسوية هذه إلى هذه الخلاصة وحدها. وقد ظنت محكمة

(1) انظر الرقعين 121 و 122 للملاحقين.

(2) النقض الاجتماعي في 30 أيار 1960 المذكور سابقاً.

(3) الشرة المدنية، III، رقم 437، صفحة 339.

(4) تعريف هذا العقد أكلته محكمة النقض، ولا سيما في حكمها بتاريخ 28 تشرين الأول 1963، النشرة المدنية، III، رقم 197، صفحة 151. «لا تشكل الاتفاقية التي تطبق أحد الفريقين حق استخراج مواد منجم والتصرف بها عقد إيجار ما دام أن المتاجر يستهلك مادة الشيء ذاتها، موضوع العقد، وإنما تشكل بيعاً للمواد والمقولات بالمال».

الاستئناف أنها مقيدة بالوصف الذي اعتمده الفريقان، في حين أنه كان بإمكانها إعادة وصف الاتفاقية، وأن طبيعة المرجحات الناشئة عن العقد، كما جرى التثبت منها، كانت تقود إلى وصف مختلف. فالنقض كان إذاً موعَّداً من وجهتين.

وما يقتضي رأيه جلياً هو أن محكمة النقض تعاقب الملك بشكل أساسي. فقضاة الأساس لا يسمح أبداً الاعتقاد أنهم مقيدون بالتسمية الشكلية التي أعطاهما الفريقان لعقدتهما ذلك بأن في إمكانهم إعادة الوصف الصحيح للعقد. غير أنه ينبغي أن لا يستتبع من ذلك تلقائياً أن على قضاة الأساس بالضرورة إعادة وصف اتفاق الإرادتين. وهاتان المسألتان متميزتان. وليس من الواجب استخدام السلطة المعطاة لسلطان ما، حتى ولو كان قضائياً، لأن هذه السلطات قد تم إعطائها. فالشيء الوحيد المحظور عليها هو التكرار لمدى هذه السلطات. فإساءة الاستعمال السلي للسلطة هو المعاقب⁽¹⁾.

(2) إعادة وصف العقد ليس واجباً على المحاكم ما عدا الاستئناف.

121 - ليست إعادة وصف العقد، من حيث المبدأ، واجباً تعاقبه محكمة النقض.

جرى الأخذ بأن القاضي ملزم باستخدام سلطته في الوصف، حتى عندما لا يقتصر الفريقان، أو مستشاراهما، وصفاً أو يتمسكان بوصف غير صحيح، ذلك بأن الوصف يعود حصراً إلى وظيفة القاضي⁽²⁾، حتى ولو لم يكن الانتظام العام مقحماً في القضية. وصياغة المادة 12، الفقرة 2، من مدونة الأجراء المدني الجديدة تعزز بداية هذا التحليل⁽³⁾.

ولهذا الرأي نصيب من الحقيقة. فالقاضي ملزم بالفعل، في القانون الوضعي، بالمشاركة في الوصف الصحيح للعقد موضوع النزاع. وهذا ما رفضه الاجتهاد. وهكذا ليس بإمكان محكمة ما أن ترفض، بأي ذريعة، البت بالنزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة⁽⁴⁾. إنها

(1) انظر حول مفهوم «تجاوز حد السلطة» J.BORÉ, La cassation en matière civile, منشورات Sirey, 1980, مقدمة P.RAYNAUD, رقم 1910 وما يليه، صفحة 561 وصيغة 562.

(2) انظر الرقم 115 السابق.

(3) اقترح M.CROZE تفسيراً مختلفاً: «يمكن تفسير الفقرة الثانية من المادة 12 من مدونة قانون الأجراء الجديدة بشكل مغفول أكثر بكثير كما تذكر بذلك القاعدة التي يستفادها لا يمكن لإرادة الفريقين أن تعدل اتجاه طراز الحكم الذي يستخدمه القاضي، وبصورة خاصة المبدأ الذي استناداً إليه ليس مقيداً بالأوصاف التي استخدمها الفريقان لتسمية اتفاقيهما». وهذا لا يعني أن على القاضي أن يستعرض جميع الأوصاف القابلة للتطبيق على وقائع الحالة لأن ذلك يعني بصورة غير مباشرة إلزامه بأن يتر تلقائياً جميع أسباب التسوية القانونية الصرف. ومن الممكن، في احتمال كهذا، أن يطرح، من حيث المبدأ، أن للقاضي السلطة وحسب - وليس عليه الواجب - في إدخال عناصر قانونية جديدة في النقاش، تسمى «أسباب تسوية قانونية صرف» أو «أوصافاً جديدة» قليلة الأهمية، في حين أن عليه بموجب رفض إصالح معيار افتراضه المبني غير المحقق فعلياً، وموجبه، في معنى ما، هو «الوصف». فيكون الوصف إلزامياً إلى حد ما وإنما إعادة الوصف اختيارية (الأنطولوجة المذكورة سابقاً، رقم 501، صفحة 518، وصيغة 519).

(4) النقض التجاري في 15 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 294، صفحة 204، نقض بحجة أن قضاء الواقع ودرا الادعاء بذريعة أن المدعي لم يحدد النص الذي يستند إليه - الفقرة المدنية الثانية في محكمة =

ملزمة بأن تصف. غير أنها غير مجبرة بأن تلجأ تلقائياً إلى إعادة الوصف.
ويتبع حكم صدر عن الفرقة المدنية الثانية في 14 شباط 1985⁽¹⁾، مقروء بالاستدلال
بالفرد، لإبطال هذا الاقتراح الأخير احتمالاً.

ويشكل أحد أسباب التسوية مطعناً في الحكم المطعون فيه كونه انتهك المادة 12 من
مدونة الإجراء المدني الجديدة إذا لم يتحقق تلقائياً مما إذا كان الإيجار المتنازع فيه يعود إلى
قانون أول أيلول 1948. وقد جرى رد هذا المطعن بحجة أن محكمة الاستئناف لم يكن
عليها موجب إثارة سبب تسوية لم يكن، إذ يفرض تقدير الظروف الواقعية، قانونياً صرفاً.
وقد جرى اعتبار هذا الحكم أنه يضع على القاضي موجب إثارة سبب تسوية قانوني
صرف⁽²⁾. وعليه لم يكن ثمة مجال لتفريق أسباب التسوية القانونية الصرف عن أسباب
التسوية من الانتظام العام. غير أنه من غير الأكيد أن ذلك هو اتجاه الحكم، ذلك بأن
القانون الذي يطالب بالاستفادة منه هو، في الحالة الراهنة، من الانتظام العام⁽³⁾. لا يمكن
إذاً تفسير هذا الحكم بأنه يفرض على قضاة الأساس أن يثيروا تلقائياً أسباب التسوية القانونية
الصرف جميعاً أياً كانت طبيعتها. وإذا لم يكونوا ملزمين، في الحالة المعروضة، بأن يتحققوا
من طبيعة الإيجار، فذلك لأن المادة 7 من مدونة الإجراء المدني الجديدة تحظر عليهم الأخذ
بالوقائع غير الداخلة في النقاش. وبعبارة أخرى لا يفرض أي نص قانوني على القاضي أن يؤثر
في مقاصد النزاع⁽⁴⁾. وهكذا يبقى القاضي حراً في الأمر بتدابير تحقيق أو رفض ذلك⁽⁵⁾، ما
عدا بيان أنه يحظر على القاضي، عندما يكون لتدبير كهذا مفعول تلافي عجز أحد الفريقين
في تقديم البيّنة، اللجوء إلى تدبير تحقيق⁽⁶⁾. والإمكانية المنروكة إلى القاضي، بالطريقة

= التقض، 19 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، II، رقم 10، صفحة 7 - الفرقة المدنية الأولى في
محكمة النقض، 10 تشرين الثاني 1982، النشرة المدنية، I، رقم 324، صفحة 277.

(1) النشرة المدنية، II، رقم 38، صفحة 27 مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، II، 21030، تحليل
J. HÉRO، وكذلك الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 حزيران 1973، النشرة المدنية، III، رقم
436، صفحة 317 Dalloz، 1973، الصفحة 143 من الموجز؛ المجلد الفصلية للقانون المدني، 1974،
صفحة 145. يفسر واجب الرصف بإرادة المتعاقدين في إنشال حق شخص ثالث في الشفعة.

(2) J. HÉRON، التعليق المذكور سابقاً.

(3) المادة 87 من قانون أول أيلول 1948، المستند إليها صراحة في سبب التسوية.

(4) لوخط بالفعل أنه: «إذا كان بإمكان القاضي أن يبين عجزاً أسباب تسوية من الانتظام العام، فإن طابع الانتظام
العام للمصالح المتحقة لا تجيز له تعديل موضوع الادعاء أو سببه» (J. VINCENT et S. GUTHARD)
Procédure civile، الطبعة 22، Dalloz، 1991، رقم 407، صفحة 328، إضافة إلى Fr. TERRE،
الأمروحة السابقة الذكر، رقم 688، صفحة 534، الذي يقدر أن القاضي، أمام الانتظام العام، لا يستطيع
التصديق لوقائع أخرى غير التي يمسك بها المتباغيان.

(5) النقض الاجتماعي في 18 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، V، رقم 876.

(6) المادة 146، الفقرة 2، من مدونة الإجراء المدني. انظر على سبيل المثال النقض الاجتماعي في 21 تموز
1986، النشرة المدنية، IV، رقم 383، صفحة 293. الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تموز
1985، النشرة المدنية، I، رقم 218، صفحة 195.

عينها، في دعوة الفريقين إلى تقديم التفسيرات الواقعية التي يقدر أنها ضرورية لحل النزاع (المادة 8 من مدونة الإجراء المدني الجديدة)، متروكة لسلطة الاستمائية⁽¹⁾.

وصدر هذه المرة حكم آخر أحدث من الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بتاريخ 28 حزيران 1988⁽²⁾ يبدو أنه لم يأخذ بأن يكون القاضي ملزماً بأن يعدل تلقائياً أساس الإدعاء. فقد ادعى وكيل عقاري توسط في المفاوضة في إيجار مطالباً بدفع عمولة، واستطرداً بالاعطال والضرر، من زينة. وقد جرى رد ادعائه. فقدم أمام محكمة النقض مطعناً بحق قاضي الاستئناف بأنه لم يقيم بإعادة وصف ادعائه على أساس الفضول وأنه، بنتيجة ذلك، انتهك المادة 12، الفقرة 2، من مدونة الإجراء المدني الجديدة. فردت محكمة النقض سبب التسوية بحجة أن الوكيل العقاري «لم يقدم إلى قضاة الأساس عناصر واقعية من شأنها إتاحة وصف الفضول، وأن محكمة الاستئناف لم يكن في وسعها أن تعدل تلقائياً الأساس القانوني لادعائه». وإذا ما فسرنا هذا الحكم عن طريق الاستدلال بالصد ينبغي عند ذلك الاستنتاج أن القاضي بإمكانه تعديل الأساس القانوني للادعاء تلقائياً إذ كانت وقائع القضية تسمح بذلك. ومن غير المرجح أن تكون محكمة النقض قد توخّت أن تفرض على القاضي موجب إعادة الوصف تلقائياً. يضاف إلى ذلك أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض حكمت، في 5 آذار 1993، بأن محكمة الاستئناف ليست «ملزمة بتعديل الأساس القانوني للادعاء المقدم إليها»⁽³⁾. فقضاة الأساس غير ملزمين إذاً بالبحث عما إذا كان البائع قد قام بموجب التسليم، ذلك بأن ضمان العيوب الخفية وحده جرى التمسك به. على أن اجتهاد الغرفة المدنية الأولى لا يبدو أنه مستقر نهائياً، على الأقل في مادة البيع، ما دام أنها حكمت في 16 حزيران 1993 بأن قضاة الأساس كان عليهم «موجب» البحث عما إذا كان «عدم صحة المسافة الكيلومترية المبينة في العداد من الواجب وصفها كتخلف للبائع عن موجهه تسليم مركبة مضبوطة... مما يستبعد تطبيق المادة 1648 من القانون المدني»⁽⁴⁾. ويبقى عدم اليقين أيضاً إذا أخذنا في الحسبان أن الغرفة عينها في محكمة النقض حكمت، في 20 تشرين الأول 1993، في مادة التأمين، بأن قضاة الأساس «المراجعين فقط استناداً

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 كانون الأول 1973، النشرة المدنية، I، رقم 338، صفحة 236 - النقض الاجتماعي في 11 آذار 1978، النشرة المدنية، V، رقم 156، صفحة 128.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 210، صفحة 148.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 آذار 1983، النشرة المدنية، I، رقم 110، صفحة 73. في مادة البيع يشكل هذا الحكم تحولاً في الاجتهاد، أنظر بحكم 13 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، I، رقم 393، صفحة 264. تسكت الغرفة التجارية في شأن البيع بأن القضاة المقيدين بأدعاءات الفريقين ليس عليهم الحكم في المسؤولية لعدم المطابقة ما دام أنهم روجعوا فقط بأدعاء ضمان العيوب الخفية، 23 حزيران 1992، النشرة المدنية، IV، 244، صفحة 170، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 413، ملاحظة J. NORMAND. انظر أيضاً GRÉBOIRE, Vices cachés et non-conformité de la chose vendue, 1993، صفحة 751 وما يليها.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 224، صفحة 185.

إلى المادة 113 - L8 . من قانون التأمينات، بطلب إبطال عقد التأمين، لم يكونوا ملزمين بالبحث تلقائياً عما إذا كانت شروط تطبيق المادة 113 - L. 9 من القانون عنه متوفرة⁽¹⁾. وهذا يعني أنه ليس هناك موجب بالنسبة إلى القاضي.

ويرى مؤلفون معاصرون أنه لا يمكن أن يؤخذ على القاضي أنه لم يطبق عفو قاعدة قانونية لم يتمسك بها المتقاضون⁽²⁾.

ويبدو أن محكمة النقض أخذت بهذا المفهوم الأخير لوظيفة القاضي. ففي 30 كانون الثاني 1985⁽³⁾ وفي 4 تشرين الثاني 1988⁽⁴⁾ حكمت الغرفة المدنية الثانية بأنه إذا كانت المادة 12 من مدونة الإجراء المدني الجديدة تتيح للقاضي، عندما لا يحدد الفريقان النقاش باتفاق صريح، تغيير تسمية الادعاء أو أساسه القانوني، فإنها لا تجعل من ذلك موجباً عليه. ويمكن التقدير أن هذين الحكمين مجردان من المدى في ما يختص بوصف العقد ذلك بأنهما يتعلقان بتسمية الادعاء أو أساسه القانوني. غير أن اعتراضاً كهذا هو مجرد من علاقة الأمر بالموضوع. فوصف العقد يمكن أن يكون الأساس القانوني للادعاء. وهكذا يمكن أن يكون ادعاء استرداد مبلغ من العملة مبنياً على وصف عقد الفرض، سبب التسليم المطلوب استرداده. يضاف إلى ذلك أن الغرفة المدنية الأولى - مع أنها ليست غرفة الإجراء - حكمت في 22 شباط 1978⁽⁵⁾ بأن محكمة الاستئناف «لم تكن ملزمة بأن تثير تلقائياً سبب التسوية الذي لم يثره الفريقان». كما حكمت هذه الغرفة عنها في 16 نيسان 1991⁽⁶⁾، استناداً إلى المادتين 1015 و 12 من مدونة الإجراء المدني الجديدة، بأن: «على القاضي إعطاء وصف الوقائع والأعمال المنازع فيها أو تصويب الوصف بدون التوقف عند التسمية التي اقترحتها الفريقان، وأنه بإمكانه بيان أسباب التسوية القانونية الضرف تلقائياً أيأ كان الأساس القانوني الذي يتمسك به الفريقان». واستخدام الفعل «استطاع» من قبل محكمة النقض، عقب

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1983، النشرة المدنية، I، رقم 288، صفحة 199.

(2) H.CROZE et C.MOREL, *Procédure civile*, منشورات PUF، 1988، رقم 167، صفحة 172 و صفحة 173. التسوية التي تلزمه ممان المؤلفان عملي للغاية (حجم الدور) طالما أنهما يأخذان بما يلي: «يجري هكذا تجنب معاملة السلطات التي تأخذ على نضاء الأساس عدم تطبيق قاعدة في حين أن الفريقين لم يقوموا بإثارتها». انظر أيضاً H.CROZE، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 498، صفحة 514 و صفحة 515، وكذلك J.VINCENT et S.GUINCHARD, *Procédure civile*، الطبعة 22، Dalloz، 1991، رقم 382، صفحة 314 وما يليها.

(3) النشرة المدنية، II، رقم 23، صفحة 15؛ مصنف الاجتهاد الدوري، 1985، IV، رقم 136.

(4) النشرة المدنية، II، رقم 202، صفحة 111؛ Dalloz 1989، 609، تعليق FRISON-ROCHE الناقد. انظر بالنسبة إلى الدفاع عن اجتهاد الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، R.MARTIN, *La règle*، Dalloz 1990، *de droit adéquate dans le procès civil*، العرض XXXIX، صفحة 163، و صفحة 164.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 76، صفحة 83.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 144، صفحة 95.

الاستشهاد الحرفي بالمادة 12، الفقرة 2 من مذونة الإجراء المدني الجديدة الذي يتحمل بواجب، يدر أنه يدل تماماً على أنها لا تترخى أن تجعل منه واجباً على القاضي وإنما مجرد إمكانية.

ومن المسموح به الأخذ بأن إعادة الوصف في القانون الوضعي ليست، من حيث المبدأ، من الانتظام العام، على عكس ما شدد عليه Josseland. والقاضي، إذا لم يكن مقيداً بوصف العقد المتلذع به من قبل الفريقين، غير ملزم بتقويم وصف، غير صحيح مع ذلك، في غياب طلبات أحد المتقاضين بهذا المعنى. ويبقى من الصحيح أن القاضي، عندما يطلب أحد المتقاضين إلى المحكمة النظر في وصف العقد، يفقد إذ ذاك حرته، فالوصف يغدو موضوع النزاع. وهو يتنكر، برفضه الوصف لمحتوى النزاع، ويتنكس المادة 4 من مذونة الإجراء المدني الجديدة.

وبعض الأحكام يمكن تقديمه على أن من شأنه إعادة النظر في هذا التحليل. فهذه الأحكام، في الحقيقة، ليست مقنعة بالنسبة إلى الظروف الواقعية والقانونية التي أفسحت في المجال للحكم بها. إنها بالأحرى تبرز الفكرة التي بمقتضاها ليس على القاضي إثارة الوصف الصحيح لعقد ما إلا أن تكون قاعدة من الانتظام العام مذورة لكبح تسوس النزاع. وهذا ما يجدر بيانه.

122 - تُفرض إعادة الوصف على القاضي عندما يتعلق الأمر بتطبيق قاعدة من الانتظام العام بقود إليها وصف العقد.

وجود قواعد من الانتظام العام يحرم القضاة من حريتهم في مادة وصف العقد. فهم ملزمون بأن يبدروا إلى الاتفاقية وصفها الصحيح.

وقد استشهد Motulshy، دعماً لفرضيته، بحكم فرض، في عرقه، على قضاة الأساس إعادة الوصف في غياب أي قاعدة من الانتظام العام مطبقة على النزاع⁽¹⁾. وتحليل الحكم الذي أصدرته الفرقة الاجتماعية في محكمة النقض بتاريخ 29 تشرين الأول 1954⁽²⁾ يفود في الحقيقة إلى خلاصة أخرى كلياً. ففي هذه القضية لم يتوصل مؤجر ومستأجر إلى اتفاق حول ترتيب المكان المأجر في حين أن ملحق مرسوم 10 كانون الأول 1984 ينص لهما، في حالة التردد حول فئتين قريبتين، الاتفاق على تخفيض ليدل الإيجار العائد إلى إحدى هاتين الفئتين ذات الإيجار الأعلى. وقد تمت مراجعة المحكمة بادعاء لتحديد بدل الإيجار فطقت ملحق المرسوم. وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم إذ بينت عرضاً أن إمكانية المصالحة حول فئة السكن كان محتفظاً بها للفريقين و«إن كيافات تحديد بدل الإيجار المبينة في هذين النصين (المادة 25 وما يليها من قانون أول أيلول 1948 والمادة 2 الفقرة الأولى من مرسوم

(1) La cause... المرجع عنه، صفحة 243، رقم 25، التعليق 83.

(2) مجلة نصير العدل، 1954، 2، 365.

10 كانون الأول 1948 وملحقه التكميلي) هي من الانتظام العام. والحال أن الحكم الذي جرى نقضه كان قد طبق الأحكام المبيحة الواردة في ملحق مرسوم 10 كانون الأول 1948، في حين أنه لم تكن له، بسبب وجود نص من الانتظام العام، السلطة في ذلك. وكان تعليل النقض إذاً عدم التقيد بهذه الأحكام. إن اعتبارات الانتظام العام هي وحدها المقحمة، وتسوغ نقض الحكم المطعون فيه.

وفي صدد وصف عقد بعنوان «عقد إيداع بالأمانة» ذكرت محكمة النقض بالقاعدة التقليدية التي بموجبها ليس قضاء الواقع مقيدين بالتسمية الشكلية التي أعطاها الفريقان لتوافق إرادتهما. إن الغرفة التجارية، بعد أن أوردت أنه ينجم عن المادة 1915 من القانون المدني أن «صه» رذ الشيء المسلم عينا عنصر أساسي من عقد الإيداع، نقضت حكماً أخذ «بأن محكمة الاستئناف بحكمها على هذا النحو في حين أن العقد موضوع البحث لم يكن يرتقب في أي حال أن ترد الشركة ب للشركة ج البضائع المسلمة إليها، ولم تكن مقيدة بالوصف غير الصحيح الذي أعطاه الفريقان لاتفاقيتهما، قد انتهكت النص المذكور أعلاه»⁽¹⁾.

ويتج عن هذا الحكم بداهة أن قضاء الأساس كانوا ملزمين بإعادة وصف العقد المنازع فيه بدون التوقف عند تسميته. وكان يعود إليهم التساؤل حول طبيعة الموجبات الملقاة على عاتق الوديع. وبامتناعهم عن فعل ذلك تجاهلوا امتداد صلاحياتهم فارتكبوا بذلك تجاوزاً سلبياً لحد السلطة. وللنقض المعلن، في هذه الرؤية، دلالة إضافية انضباطية.

وإذا استبعدنا الوضع الواقعي للحالة، كما يدعو إليه التعليل القانوني لمحكمة النقض، يمكن الاستنتاج من تحليل هذا الحكم أن وصف العقد مستقل بمعنى أنه لا يتوقف على التطبيق المحتمل لبعض قواعد الانتظام العام. وبالمقابل إذا عكفنا على دراسة الوقائع يظهر أن الحل أملة اعتبارات أخرى عملية أكثر.

والشركة المدعى أنها وديع كانت، لاحقاً لإبرام العقود المنعوتة خلافاً للأصول حسب محكمة النقض، قد أعلنت أنها في تسوية قضائية وقد ادعى الوكيل أن الانفاقية المنازع فيها يجب أن تنحلل كبيع. وكان العقد غير قابل للاحتجاج به أو يُحتج به تجاه كتلة الدائنين حسب الوصف المثني، طالما أن فعالية البيع مع الاحتفاظ بالملكية في حالة إجراء جماعي بالدفع لم تتركس إلا بقانون 12 أيار 1980. ومن الأكيد أن الانتظام العام، قبل هذا القانون، كان يفرض بالضرورة وصفاً صحيحاً للمعقود المبرمة مع المدين الموجود في تصفية أو تسوية قضائية لأمواله. وكانت إعادة الوصف غير مفروضة بالتالي بسبب وظيفة القاضي، وإنما بوجه الاحتمال بسبب تشريع من الانتظام العام. وإذا ما جرى تبني هذا التفسير للحكم المعني يكون على القاضي إعادة وصف العقد عندما تكون هناك قاضلة من الانتظام العام منطوية لنسوس الغلاف. وأحياناً تلجأ محكمة النقض إلى فكرة التحايل على القانون لتسوية وجود موجب إعادة الوصف.

(1) النقض التجاري، 17 شباط 1981، النشرة الشهرية، رقم 86، صفحة 68.

وهكذا حكمت محكمة النقض بكامل هيئتها في 18 حزيران 1976⁽¹⁾ بأن «كل عقد مدد لكي يتيح لأحد الفريقين التملص من تنظيم الضمان الاجتماعي هو عقد منطوي على الغش». وهكذا نقضت محكمة النقض الحكم الذي اعتمد أن «مبدأ حرية الاتفاقيات يسمح للفريقين بأن يسوما علاقاتهما القانونية عن طريق العقود التي تبدل لهما الأكثر نفعاً، ولو لم يكن ذلك إلا من أجل الهدف الوحيد والمصلحة الوحيدة في التملص من أعباء الضمان الاجتماعي ما دام أنها غير مشوبة بالغش». والتعليل الذي اعتمدته محكمة النقض لا يمكن أن يوافق عليه كما هو. إنه يستدعي، في صلافة المبدل المعلن، نفي فئة العقود غير المسماة في حين أن وجودها معترف به على وجه العموم، حتى في حال وجود قاعدة من الانتظام العام⁽²⁾. وتجدر الملاحظة أن الاجتهاد، في المادة الضريبية، يبنى موقفاً أكثر تبايناً ويرفض الافتراض أن العقود التي يتم إعلان أن موضوعها الاستفادة من نظام ضريبي لفرض الضريبة أكثر نفعاً هي عقود مشوبة بالغش⁽³⁾. وقد جرى البيان أخيراً، وعلى وجه الخصوص، أن الغش في نظر صيغة المادة 241 L من قانون الضمان الاجتماعي⁽⁴⁾، كان مستحيلاً ذلك بأن وصف العقد ليس حاسماً في ما يتعلق بالخضوع للتأمينات الاجتماعية⁽⁵⁾.

ولم تستعد الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض لاحقاً الحجة المبدئية للهيئة العامة، وفكرة التحايل على القانوني تبدو أنها أصبحت مستبعدة في مادة الخضوع للضمان الاجتماعي لصالح مجرد التثبت الموضوعي من الظروف الواقعية التي تمت فيها نشاطات من يخضع احتمالاً لهذا الضمان⁽⁶⁾.

والتحايل على القانون يمكن أن يسوّغ أساس موجب القاضي بإعادة الوصف عندما يكون الانتظام العام مندوراً ليسوس الاتفاقية المعقودة بين الفريقين. واعتماد فكرة التحايل

(1) النشرة المدنية، رقم 9، صفحة 13، Dalloz 1977، 173، تعليق JEAMMAUD، مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18659، تعليق SAINT JOURS.

(2) انظر: الرقم 100 السابق.

(3) انظر النقض التجاري، 19 نيسان 1988، رقم 134، صفحة 85: «في حال عدم وجود وهمية الأفعال المنازع فيها لا يمكن الأخذ بوجود اعتمادات ضريبية من قبل الفريقين مشروعة بعد ذاتها، إلا أن تشكل التسوية الوحيد للمصلحة». قارن بالأخذ في الاعتبار المصلحة الضريبية في مجال تعديل الأنظمة الزوجية.

(4) يقتض هذا النص يلتصق إلزامياً بالتأمينات الاجتماعية جميع الأشخاص من الجنسية الفرنسية من هذا الجنس أو ذاك، إجراء أو عمال، بأي صفة أو أي مكان كان، لدى مستخدم واحد أو عدة مستخدمين، وأياً كان مبلغ مكافأتهم ومبيعتها، وشكل مقدم أو طبعته أو صحته، وأياً كانت منهم حتى ولو كانوا حائزي نفقة.

(5) JEAMMAUD A، التعليق المذكور سابقاً، صفحة 175، العمود الثاني، في نهايته، والصفحة 176، العمود الأول.

(6) انظر على سبيل المثال النقض الاجتماعي في 21 تموز 1988، النشرة المدنية، V، رقم 424، صفحة 322 - النقض الاجتماعي في 21 تموز 1988، النشرة المدنية، V، رقم 425، صفحة 323 - النقض الاجتماعي، 22 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، V، رقم 491، صفحة 371 - النقض الاجتماعي، 19 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، V، رقم 538، صفحة 407، الأكثر ملولاً إذ يتعلق الأمر بحكم نقض لانتهاك القانون.

حشوي وغير مفيد، إذ يكفي بالفعل الثبوت من أن الانتظام العام يحرم الفريقين من إمكانية التمسك بوصف لا يتوافق مع الوقائع بدون مراعاة نية الفريقين اللذين عبرا عنها، وأن هذا الانتظام العام ذاته يفرض على القاضي استخدام سلطته في الوصف.

ولم تلجأ الهيئة العامة، في قانون العمل، وهو مادة من الانتظام العام بالامتياز، إلى مفهوم التحايل لنقض حكم محكمة استئناف احتسب وراء اشتراطات الفريقين لاستبعاد تطبيق هذا القانون.

فقد حكمت في 4 آذار 1983⁽¹⁾ «بأنه ينتج عن تحقق قضاء الأساس أن السيد Barrat، مع أنه وصف اعتباراً من أول تشرين الأول 1970 «بمحاضر خارجي» لقاء «أنعاب»، استمر في تأمين مهام التدريس العائدة أساساً إليه وفقاً لبرامج رسمية، وفي صميم نظام معمول به بإدارة معهد Roches ومسؤوليته، حتى ولو كان قد أخذ في الحسبان ما يلائمه في إعداد الترقية، لا يمكن أن تكون له مهنة حرة، إذ إن إرادة الفريقين وحدها عاجزة عن حرمانه من النظام الاجتماعي الناجم بالضرورة عن شروط إنجاز عمله». ولم يتم على الإطلاق الإسناد إلى التحايل. صحيح أن النقص المحكوم به له، في هذه الحالة، دلالة انضباطية طالما أن محكمة الاستئناف لم تقم بإعادة وصف العقد المتنازع فيه بعد أن تحققت من عناصر العقد الحقيقي الذي أبرمه الفريقان، مع الاحتماء وراء الاشتراطات العقدية.

يمكن التأكيد إذاً أن على القاضي التطرق تلقائياً للوسائل من الانتظام العام⁽²⁾ مع احترامه المبادئ الأساسية للإجراء المدني، في حين أن بإمكانه قطع إثارة الوسائل القانونية البصرف⁽³⁾. إن وظيفة القاضي، كقاعدة عامة، وفي مادة المادة وصف العقد على وجه الخصوص، خاضعة للانتظام العام. بيد أن الانتظام العام مفهوم له محتوى متغير، وهو لا يتجاوب مع قصدية هي ذاتها دائماً⁽⁴⁾. أفليس من الملائم، في ظروف كهذه، التفرقة بين الانتظام العام للإدارة والانتظام العام للحماية؟

إن حكماً قديماً نقض حكم محكمة استئناف أثارت تلقائياً وسيلة تعود لمجال الانتظام العام للحماية. فقد قدم راع ادعاء لدفع عن اثني عشر يوم راحة مبنياً على قرار صادر عن المحافظ في 14 آذار 1946، بحسب المزاعم الذي استخدمه. وقد استجاب قاضي الصلح لهذا الادعاء. فقدم المستخدم استئنافاً وطلب المستأنف عليه تأكيد الحكم بدون شرط. فقامت المحكمة المدنية في أوربّاك، بعد أن اعتبرت أن قرار 14 آذار 1946 لم يعد ساري المفعول، بتطبيق قانون 10 آذار 1948 تلقائياً، وهذا القانون يفيد الراعي من تعريضه يناظر

(1) Dalloz 1983، صفحة 381، طلبات CARANNES.

(2) انظر: H. CROZE et C. MORBL، Procédure civile، المرجع عنه، رقم 168، صفحة 173.

(3) انظر في شأن تحايل شامل لهذه المسألة، H. CROZE، Recherche sur la qualification en droit processuel، طابع على الآلة الكاتبة، 1981، رقم 472 وما يليه، صفحة 489 وما يليه، ولا سيما الرقم 488 وما يليه، الصفحة 507 وما يليه.

(4) أنظر تكوين العقد، رقم 104 وما يليه.

أربعين يوم راحة، فجرى طلب نقض هذا الحكم.

وفي 8 آذار 1955 نقضت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض⁽¹⁾ هذا الحكم بحجة فإن طابع الانتظام العام لهذا النص (أي القانون) لا يمكن أن يسمح للقضاة بتطبيقه تلقائياً وبالتالي تعديل سبب النزاع وموضوعه، في حين أن المستأنف عليه، الحرفي العدول عن حقوقه المكتسبة، لم يطالب بها على الإطلاق واكتفى بطلبه الأصلي الهادف إلى التعويض عن اثني عشر يوماً.

من غير المتنازع فيه أن الانتظام العام كان مقحماً في القضية، فمحكمة النقض أثارته صراحة. غير أن طالب التعويض كان بإمكانه العدول عن التمسك بالقواعد المطبقة طبعاً على النزاع، لأن الأمر كان يتعلق بحق مكتسب. والانتظام العام المقحم كان بالتالي انتظاماً عاماً للحماية. والمقصود، على سبيل استعادة التمايز الأكثر عصية للمدونة الإجراء المدني الجديدة، حق كان أحد الفريقين يملك تجاهه حرية التصرف به. فالفريق المحمي كان بإمكانه إذا التخلي عنه ولم يكن في وسع القاضي أن يحل نفسه محل المتقاضي.

وتحليل هذا الحكم لا يفقد بالضرورة إلى الخلاصة السلبية بأن القاضي لم يكن ملزماً بأن يثير تلقائياً قاعدة من الانتظام العام عندما تتجارب مع الاهتمام بحماية أحد المتعاقدين. ويبدو اجتهد الغرفة المدنية أكثر محدودية ويتلخص بالطرح التالي: لا تستطيع المحاكم أن تطبق تلقائياً قاعدة تعود لمجال الانتظام العام للحماية عندما يعدل الفريق المحمي عن الاستفادة التي منحها إياها القانون⁽²⁾. وليس هناك أي حاجة لاتفاق بين المتقاضين طالما أن العدول عن الحق أحادي الجانب. فالمتعاقدا المحمي يعدل عن تطبيق أحكام لصالحه له الحق فيها. والأمر يتعلق فقط بمعرفة ما إذا كان المتعاقد المحمي قد تخلى عن حقوقه بعدم التمسك بالقاعدة المطبقة في النزاع أمام المحاكم، أو بضرورة عملية أكثر، معرفة ما إذا كان العدول عن حق يمكن أن يتج عن امتناع أو عن مجرد الصمت.

والحكم المبطل يفترض في الحقيقة عدولاً. وكان يكفي أن لا يطالب المستأنف عليه بالاستفادة من قانون أنشع له لكي يحتج على القاضي أن يثير تلقائياً وسيلة الدعم هذه. ويمكن التفكير في أن الحل المماكس هو الذي يؤخذ به اليوم. فقد حكمت الغرفة المختلطة في محكمة النقض في 26 نيسان 1974⁽³⁾ بأن العدول عن حق لا يفترض افتراضاً. وتطبيقاً لهذا المبدأ جرى الحكم لاحقاً بأن مجرد سكوت أحد الفريقين لا يكفي للقول بالعدول⁽⁴⁾. من

(1) Dalloz 1956، صفحة 517 وما يليها، تعليق Ph. MALAURIE.

(2) انظر Ph. MALAURIE، التعليق المذكور سابقاً، صفحة 520، المود الثاني، الفقرة 3.

(3) النشرة المدنية، رقم 1، صفحة 1.

(4) النقض المدني في 16 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية، رقم 112، صفحة 270. النقض التجاري في 26 كانون الثاني 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 48، صفحة 15. وكذلك النقض التجاري، 18 كانون الثاني 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 24، صفحة 20، مجرد التأخير في طلب تنفيذ العقد لا =

هذا التطور يجب الأخذ بأن عدم وجود إثارة من قبل أحد المتقاضين لقاعدة من الانتظام العام، ولو كانت تتعلق بالحماية، لا يكفي لاعتبار ذلك عدولاً.

ويمكن التقدير، في هذه الرؤية، أن على القاضي أن يبين تلقائياً الوصف الذي من شأنه إعمال قاعدة من الانتظام العام، ولا يهم أن تعود القاعدة موضوع البحث إلى انتظام حماية أو إدارة. وبإمكان الفريق المنفيد من اهتمام المشرع، إذا تعلق الأمر بقاعدة حماية فقط، أن يعدل دائماً عنها عندما تكون شروط العدول القانونية مجتمعة⁽¹⁾. والمتقاضي المحمي، بالتمسك بشروحات الفريقين، يعدل شرعاً، عند الاقتضاء، عن الاستفادة من القانون عندما يأخذ علماً بمدى حقوقه. والواجب المعترف به للقضاة يحقق ضمن هذه الشروط تسوية مقبولة. والبدء الاتهامي للإجراء المدني ودور القاضي محترمان. وإزادة السلطة يمكن ولا شك أن تتصالح مع النهج الذي اختله الاجتهاد.

ب. احترام المبادئ الأساسية للإجراء المدني.

123 - ليس لطبيعة وظيفة القاضي كبير أهمية. وسواء أكان بإمكانه أو عليه أن يصف العقد، حتى أن يعيد وصفه، فهو ملزم دائماً باحترام المبادئ الأساسية للإجراء المدني. وليس في وسع قضاة الأساس، تحت غطاء الوصف، أن ينتكروا المبدأ الوجيه وأن يعدلوا موضوع النزاع، أو أن ينتهكوا الحجية المطلقة للشيء المحكوم فيه (أو قوة القضية المقضية).

1) احترام الوجيه وموضوع النزاع

124 - احترام الوجيه.

تفرض المادة 16 من مذبنة الإجراء المدني الجديدة على القضاة أن يحترموا أو أن يعملوا على احترام الوجيه حتى عندما يبينوا تلقائياً وسيلة دعم قانونية صرف أو من الانتظام العام⁽²⁾. ويكفي التذكير بأن مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان) أبطل، في 12

= يشكل إظهاراً غير ملتبس لإرادة العدول - الفرقة المدنية الثانية في محكمة النقض، 14 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، II، رقم 14، صفحة 8، عدم التكرار في طلبات عنصر من عناصر الإدعاء لا يعبر عن إرادة العدول، انظر في الفقه حول تفسير الصمت المعتبر بياناً عن العدول، F.DREIFUSS - NETTER، أطروحة في L.G.D.J.، 1986، مقدمة P.TERCIER، رقم 190 وما يليه، صفحة 164 وما يليها.

(1) انظر: تلاشي المقدّر.

(2) انظر حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 10 تموز 1981، النشرة المدنية، رقم 8، صفحة 7 (حكمان)؛ مجلة قصر العدول، 1981، 677، تعليل VIATTE 1981، صفحة 637، طلبات CABANNES، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 677، تعليل NORMAND، صفحة 805، ملاحظة PERROT، L'article 16 du nouveau code de procédure civile version. A.BÉNABENT، 1981، Dalloz، 1982، العرض VIII، صفحة 55 وصفحة 56. الدفع بعدم التنفيذ الناجم عن لا قبولية =

تشرين الأول 1979⁽¹⁾، وهو ينظر في المنازعات القضائية، الفقرة الثالثة من المادة 12 من مدونة الإجراء المدني الجديدة بكونها تعني القاضي من مراعاة مبدأ الوجاهية عندما يثير وسيلة دعم قانونية صرف. وأي حكم ينتكر لهذا الأمر يتعرض للنقض⁽²⁾. ونتيجة لذلك، عندما يبدو الوصف الذي يتذرع به الفريقان من الواجب استبعاده لصالح وصف آخر لم يتم التمسك به، ينبغي على القاضي فتح باب المرافعة⁽³⁾، وليس من المهم أن يؤدي وصف العقد إلى تطبيق قواعد الانتظام العام أو أن لا يؤدي إلى ذلك⁽⁴⁾، ومن غير المهم أيضاً أن يكون هذا الانتظام العام للحماية أو للإدارة.

ومراعاة مبدأ الوجاهية بدا أساسياً لحماية حقوق الدفاع⁽⁵⁾ إلى درجة أن مجلس الدولة أبطل في حكمه بتاريخ 5 تموز 1985⁽⁶⁾ المادة 1015 من مدونة الإجراء المدني الجديدة

الاستئناف المقدم من الركن وحده لا يعفي القاضي من احترام مبدأ الوجاهية. والأمر على هذا التحول بالنسبة إلى الدفع بعدم التنفيذ المستخرج من وقف الملاحقات الفردية بحكم القانون ضد مدني في حالة نصفية أمواله خلال مجرد دعوى الاستئناف. انظر في شأن حراسة شاملة لمبدأ الوجاهية J.VINCENT et al. S.GUINCHARD, Procédure civile, الطبعة 22، موسوعة Dalloz، 1991، رقم 393 وما يليه، صفحة 317 وما يليها. وكذلك J.BORÉ، La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P. RAYNAUD، رقم 1942، صفحة 590 وصفحة 591، تنقيح حتى 31 كانون الأول 1987، رقم 182 ورقم 183، صفحة 54 وصفحة 55. انظر في شأن مبدأ الوجاهية J.HÉRON, Droit judiciaire contradictoire، أطروحة في باريس، 1988، طبع على الآلة الكاتبة، منشورات Montchrestien، 1991، رقم 236 وما يليه. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1989، النشرة المدنية، I، رقم 137، صفحة 90. يراعى مبدأ الوجاهية عندما يكون أساس الادعاء قد جرت مناقشته، وجاهياً في الجلسة. إن هذا الحكم منازع فيه لأن الإجراء خطي عندما يكون التمثيل إلزامياً. ولا تأخذ الغرفة المدنية الثانية - وهي غرفة الإجراء - بأن تبطل محكمة استئناف أمر إقفال المناقشة، لكي تجعل الطلبات المتأخرة مقبولة، وتسمح إلى الفريقين وتحكم في الأساس في اليوم عينه، انظر حكم 23 شباط 1994، النشرة المدنية، II، رقم 74، صفحة 41.

- (1) انظر الرقم 115 والتعليق رقم 20.
- (2) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 4 حزيران 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 179، صفحة 150. النقض التجاري في 19 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 324، صفحة 217، استبدال تلقائي لأساس قانوني جديد بناء على الطلب بدون إثارة تفسير الفريقين - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، I، رقم 302، صفحة 208.
- (3) على سبيل المثال الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 238، صفحة 140.
- (4) انظر H.CROZE et C.MOREL, Procédure civile، المرجع عينه، رقم 186، صفحة 189. انظر أيضاً H.CROZE، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 505، وما يليه، صفحة 523، وما يليها.
- (5) انظر: H.MOTULSKY, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle; le respect des droits de la : الجزء 2، صفحة 175، الأخذ بأن مبدأ الوجاهية يعود إلى القانون الطبيعي.
- (6) مصنف الاجتماعات الدوري، 1985، II، 20478، طلبات Jeonney، مجلة قصر العدل، 1985، 742. تعليق GUINCHARD، مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1985، 625، تعليق RICHIER، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، 189، ملاحظة NORMAND.

بحجة «أن الحكومة لا تستطيع شرعاً أن تبنى أحكاماً تنظيمية من شأنها تضيق ضمانات المتقاضين، وأن هذه الضمانات تكمن على وجه الخصوص في مبدأ مساواة المواطنين أمام القضاء، وبما أنها اعتمدت نصاً مفاده أن «الرئيس يجب عليه أن يث الفريقين إلى وسائل دعم النقض التي يبدو أنه من الممكن إثارتها تلقائياً ودعوتهم إلى تقديم ملاحظاتهم في المسئلة التي يحددها»، وبذلك أعفت القاضي من موجب تنبيه الفريقين، ولا سيما المدعي، إلى وسائل الدعم التي يمكن أن يثيرها هو لرد الطعن، تكون الحكومة قد ارتكبت اعتداء غير مشروع على مبدأ مساواة المواطنين أمام القضاء». ويبدو أن محكمة النقض استخرجت نتائج الإبطال الجزئي للمادة 10158 على عكس وزارة العدل التي لم تعدّل بعد صيغة النص⁽¹⁾.

ويتضمن مبدأ احترام حقوق الدفاع، استثناء. فوسيلة الدعم هي التي لا تتطلب في القضية بالضرورة فتح باب المرافعة⁽²⁾. وإمكان القاضي أن يبنّي قراره على الوقائع الموضوعية في المناقشة حتى ولو لم يثرها الفريقان على وجه الخصوص (المادة 7 من مدونة الإجراء المدني الجديدة)⁽³⁾.

وتعاقب محكمة النقض على هذا النحو أحياناً قصور المتقاضين الذين كان بإمكانهم المناقشة وجاهياً فأغفلوا القيام بذلك، وتسوّغ أحياناً، وبصورة أكثر حياداً، حكماً صدر لصالح أحد الفريقين الذي لم يتمسك بأي وصف محدد دعماً لادعائه في حين أن الوقائع المثارة تتيح، في احترام موضوع النزاع، اللجوء إلى وصف صحيح. ويكتفي القاضي في هذه الحالة الأخيرة في الواقع بوصف ادعاء أحد الفريقين لتجنب الوصف الذي يبدو له غير مسوّغ. ولذلك لا يتنكر بالفعل لحقوق الدفاع، والوجاهية أحد مظاهرها⁽⁴⁾، وإنما يكتفي

(1) انظر J.BORRÉ, La cassation en matière civile, 1987, رقم 238، صفحة 71.

(2) J.VINCENT et S.GUINCHARD, Procédure civile, الطبعة 22، موسوعة Dalloz، 1991، رقم 405، صفحة 324 - J.NORMAND، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 460 وما يليها. انظر كسثال حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 كانون الثاني 1984، 1985، D.، صفحة 117، تعليق J.HÉRON. يدين المؤلف هذا الاجتهاد الذي يرى أنه غير مسوّغ في القانون وزيادة على ذلك غير ملائم، ويمتنع اجتماع ذكرين رسمي لإدانة هذا البناء الناتج عن مبادرة مستقلة.

(3) انظر بالنسبة إلى التطبيق حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1988، النشرة المدنية، IV رقم 354، صفحة 237.

(4) انظر J.VINCENT et S.GUINCHARD، المذكورين آنفاً، رقم 405، صفحة 324، ويريد أن وصف القاضي مبادرة بسنحي من مبدأ الوجاهية. وهكذا يمارضان الوصف وإعادة الوصف. وإعادة الوصف وحدها تفرض فتح باب المرافعة (مثلاً حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 7 آذار 1985، النشرة المدنية، II، رقم 61، صفحة 42، إعادة وصف ادعاء بنفقة بطلب تقديم تمويضي). وهذا صحيح بمقدار ما يكون وصف واقعة ما، فقد هلى سبيل المثال، وسيلة دعم ضرورية في القضية ما دام لا يصف أحد الفريقين نفسه المعقد موضوع النقاش. ولا يخضع الوصف للوجاهية إلا عندما يقترح القاضي وصفاً جديداً. بيد أنه ينبغي للأن أن لا يكون هذا الوصف ذاته في القضية. وبالتالي، إذا كان وصف المدعى بسنحي من الوجاهية فإن ذلك لأن الأمر يتعلق بوسيلة دعم ضرورية للقضية، وليست الحالة كذلك على وجه العموم عندما يتعلق الأمر بوصف ما. وهكذا يبدو ما لا طائل تحت التفريق بين الوصف وإعادة الوصف. فلأن أن تكون وسيلة الدعم =

بتطبيق القاعدة القانونية على النزاع وفقاً للمادة 12، الفقرة 1، من مدونة الإجراء المدني الجديدة⁽¹⁾. وهكذا تعاقب محكمة النقض الوصف غير الصحيح وحده⁽²⁾.

وإذا كان من الممكن التأكيد، في القانون الوضعي، أن وسيلة الدعم، وهي بالضرورة في القضية بمنجى، بطبيعتها، من النقاش الجاهلي، فإن تحديد هذا المفهوم أمر دقيق. وجرى اقتراح تعريفه كالمفهوم الذي لا يتطلب استعادة النقاش الراجعي. «إذا... كانت وسيلة الدعم المتمسك بها من الوسائل التي كان يمكن للفريقين أن يقدمها في شأنها عناصر واقعية، فإن فتح باب المرافعة ضروري»⁽³⁾. ولن يكون ثمة تلازم بين وسيلة الدعم العائدة للقضية بالضرورة محدد هكذا ووسيلة الدعم القانونية الیحت التي يمكن إثارتها أمام محكمة النقض والتي يجب سماعها بصورة أكثر تضييقاً، بسبب قاعدة الصلاحية التي تخضع لها محكمة النقض: التفریق بین الواقع والقانون⁽⁴⁾.

وهكذا يعني مبدأ الجاهية فقط أن يكون بإمكان الفريقين المناقشة في وصف العقد بالنسبة إلى الوقائع التي يدّرعان بها سواء جرت مناقشتها أم لا.

وبينني، في مجال وصف العقد، إذا ما أخذنا بالمعيار الذي اقترحه السيد Benabent والذي يبدو وثيق الصلة بالموضوع⁽⁵⁾ الإسناد إلى طبيعة أركان العقد لتحديد ما إذا كانت وسيلة الدعم مقحمة في القضية بالضرورة أم لا. وإذا كان الوصف متوقفاً حصراً على عناصر موضوعية فيقتضي أن يكون مسموحاً للقاضي بإعادة وصف العقد، بدون التذرع بتفسيرات فريقي النزاع. كما يتبني أن يكون الأمر كذلك أيضاً إذا كان النقاش المحتمل لا يمكن أن يتناول إلا العناصر التابعة التي لا يتوقف عليها الوصف⁽⁶⁾. والواقعة التي يتذرع بها في هذه

= بالضرورة في القضية، وإما أن لا تكون فيها. ولا يهم أن يتعلق الأمر بإعادة الوصف.

(1) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 أيار 1986، النشرة المدنية، III، رقم 82، صفحة 63 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، I، رقم 301، صفحة 201. بينت محكمة النقض صراحة أن الفريقين لم يفسما الاتفاقية المعقودة بينهما لتجنب وسيلة الدعم المستخرجة من انتهاك الجاهية - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 14 حزيران 1989، النشرة المدنية، III، رقم 138، صفحة 78 (الملاحظة عينها).

(2) انظر الرقمين 128 و 129 اللاحقين.

(3) A.BÉNABENT، تعليق على حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 21 حزيران 1978، 1978 Dalloz، صفحة 561، وتعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1978 (حكمان)، 1979 Dalloz، صفحة 381، وصفحة 382. انظر في شأن تحليل هذا الرأي، H.CROZE، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 518، صفحة 535 وما يليها.

(4) J.BORÉ، La Cessation en matière civile، الجذكور أنفأ، رقم 1844 وما يليه، صفحة 591 وصفحة 592، ورقم 2572، صفحة 768. انظر الرقم 129 اللاحق.

(5) حكمت الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، في 8 شباط 1989 (النشرة المدنية، II، رقم 36، صفحة 18) بأن محكمة الاستئناف ليس بإمكانها أن تتطرق تلقائياً إلى وسيلة دعم مزوجة بالواقع والقانون بدون أن تنتهك مبدأ الجاهية.

(6) انظر في شأن هذا المفهوم الرقم 80 السابق وما يليه.

الظروف أحد الفريقين لا مجال، من حيث المبدأ، لتفحصها من جديد. وبالعكس على القاضي، إذا لم تكن هذه الشروط مجتمعة، إعادة فتح المرافعة، ويبدو أن القاضي، ما دام أن عنصرًا ذاتيًا من شأنه تعديل الوصف، ملزم بالتطرق إلى شروحات الفريقين لأن النقاش يتناول عناصر واقعية يتوقف وصف العقد عليهما.

وعلى سبيل المثال يأخذ طعن ما على محكمة الاستئناف بأنها تطرقت تلقائياً إلى وصف المصالحة. وقد رد هذا الطعن بحجة أن محكمة الدرجة الثانية، بالحكم على هذا النحو، لم تفعل سوى إعطاء العمل المنازع فيه وصفه الصحيح، تطبيقاً للقاعدة القانونية التي، في ظروف هذه القضية، لم نجد ركيزتها المادية في أي واقعة يقتضي تفحصها ثانية وتقديرها على وجه جديد، بحيث أن المحكمة لم تكن ملزمة بإخضاع مبادرتها للنقاش للفريقين⁽¹⁾.

وبإمكان القاضي تأسيس حكمه على وقائع في النقاش لم يتم إثارتها بصورة خاصة لدعم الادعاء. ولا يمكن النازل عن هذه السلطة التي يستمدّها من القانون، حتى ولو لم يكن ملزماً بممارستها. فالمادة 7 من مدونة الإجراء المدني الجديدة تنص على السماح فقط: «بإمكان القاضي... من بين عناصر النقاش»⁽²⁾. وعند عدم قيامه بذلك تعاقب محكمة النقص مسلكه كتجاوز سبلي لحد السلطة. وقد نقضت حكم محكمة استئناف لأنها قدرت بأنه لم تكن لها السلطة في أن تأخذ في الاعتبار واقعة لم يُستند إليها بوجه خاص وكان يمكن أن تقرد إلى إبطال عقد لعب في الرضا. وقضى عرف محكمة النقص أن «محكمة الاستئناف، بحكمها على هذا النحو، في حين أنها (أي المحكمة) كان يمكنها، لتحديد موجبات الزوجين Jata، أن تستند إلى الوقائع الناجمة عن مستند خطي موضوع في المناقشة، تنكرت لامتداد سلطاتها وانتهكت المادتين 12، الفقرة 2، و 16 من مدونة الإجراء المدني الجديدة»⁽³⁾.

وليست وسيلة الدعم الموجودة بالضرورة في القضية مندورة فقط «لإنفاذ حكم من النقص. إنها في الواقع تقنية نستخدمها أيضاً محكمة النقص وتسويها النظري في المادة 131 - 5 من قانون التنظيم القضائي (الذي يستعيد تعابير المادة 627، الفقرة 2، من مدونة الإجراء المدني الجديدة) التي تنص في فقرتها الثانية على ما يلي: «بإمكانها (أي محكمة النقص) أيضاً، عندما تنقض بدون إحالة، أن تضع نهاية للنزاع عندما تتيح لها الوقائع كما تثبت منها وقدرها قضاة الأساس تطبيق القاعدة القانونية الملزمة». وعندما تطبق محكمة النقص هذا النص لا تثير شروحات الفريقين⁽⁴⁾. إنها تتصرف في الواقع كقاضي أساس،

(1) الميزة المدنية الأولى في محكمة النقص، 7 تموز 1981، النشرة المدنية، I، رقم 250، صفحة 206.

(2) قانون سلطة الوصف، الرقم 120 السابق.

(3) الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقص، 20 تشرين الثاني 1985، النشرة المدنية، III، رقم 153، صفحة 116. انظر تلاشي العقد.

(4) انظر على سبيل المثال حكم الفقرة التجارية في محكمة النقص، 13 شباط 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 61، صفحة 53. أي الحكم المستشهد بها صدر مع ذلك قبل حكم مجلس الدولة في 5 تموز 1985 (انظر =

وهذا ما تسمح به المادة 627 من مدونة الإجراء المدني الجديدة. وقد جرى تقديم الفكرة في أن القانون العام (droit commun) للإجراء المدني يكون في هذه الحالة، منزوراً للتطبيق⁽¹⁾.

إذا كانت هذه هي الحال فإن شروط الوصف، أو إعادة الوصف، للحد من قبل محكمة النقض يجب أن تكون أكثر حصرية، ذلك بأن وسيلة الدعم في القضية تظهر قانونية صرفاً بالضرورة. وتحتل هذه الوسيلة أمام محكمة النقض أكثر تقييداً من التحديد المعتمد أمام قضاة الأساس⁽²⁾. ويخضع استخدام هذه الطريقة لقاعدة الصلاحية التي تخضع لها محكمة النقض. ويتلخص ذلك في الطرح التالي: عندما يسبق وصف الواقع ببنغي وضع الاستنتاج القانوني فقط للنقاش، وفي حال عدم وجود ذلك، تكون وسيلة الدعم مقحمة في القضية بالضرورة.

ويتحقق قضاة الأساس مثلاً من أن مجموعة وقائع تؤدي إلى وصف الغش. وهذا الوصف الأول متروك لتقديرهم السيد، فهو غير مراقب إذن. غير أن هذا الوصف يمكن أن يؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية خاصة من شأنها أن تحل النزاع ولم يطبقها القضاة الأول. عند ذلك نكون أمام وضعين: إما أن يبدو تطبيق القاعدة التي حركها وصف الغش آلياً، وإما على العكس من ذلك. ففي الحالة الأولى لا تنطبق محكمة النقض إلى شروط الفريقتين السابقة ذلك بأن الاستنتاج القانوني، بطبيعته، لا يستدعي أي نقاش. وبالمقابل يفرض فتح باب المرافعة في الحالة الثانية بسبب الشك بالنسبة إلى تطبيق القاعدة القانونية، ووسيلة الدعم في القضية بالضرورة هي الوسيلة التي تجاوب مع الفرضية الأولى، إنها تتعلق فقط بالاستنتاج القانوني. وهكذا نقترب وسيلة الدعم في القضية بالضرورة بوسيلة الدعم المستتجة من الحكم المعلنون فيه الذي يتملص من معلن الجدة والذي ليس سوى وسيلة دعم قانونية بحث يثيرها طالب المعلن⁽³⁾.

وتتعلق وسيلة الدعم في القضية بالضرورة، أمام قاضي الواقع، بجميع الأوصاف والاستنتاجات طالما ليس هناك تفريق بين الواقع والقانون. وهكذا يمكن مثلاً أن يكون وصف الغش في القضية أم لا. ولاستعادة تحليل السيد Benabent ينبغي أن يفتح القضاء الأدنى باب المرافعة من جديد، إذا كانت وسيلة الدعم المتمسك بها، الغش في هذه الحالة، هي من الوسائل التي كان يمكن أن يقدم الفريقان في شأنها عناصر واقعية. وفي الحالة المعاكسة تكون وسيلة الدعم بالضرورة في القضية ولا يكون القاضي ملزماً بإثارة شروط

⁽¹⁾ التعليق 86 السابق، غير أنه من الصحيح أن هذا الحكم لا يتعلق إلا بوسائل الدفاع وليس بوسائل دعم النقض. انظر J.BORÉ, La cassation en matière civile, تقيع حتى 31 كانون الأول 1987، رقم 239، صفحة 71.

⁽²⁾ انظر الرقم 129 اللاحق.

⁽³⁾ J.BORÉ, La cassation en matière civile، المذكور سابقاً، رقم 2618، صفحة 777.

⁽³⁾ انظر: J.BORÉ, La cassation en matière civile، المذكور سابقاً، رقم 2585 وما يليه، صفحة 768 وما يليها.

الفريقين. والطريقة المستخدمة هي دائماً مماثلة، والمادة التي تطبق هي وحدها المختلفة. والاستنتاج القانوني هو وحده الذي يضع النقاش أمام محكمة النقض، في حين أن الواقعة ذاتها التي تكون فيها القاعدة القانونية المحتملة مندورة احتمالياً لتنظيمها يمكن أن تكون موضوع نقاش. ووسيلة الدعم، بشكل أكثر تركيياً، الموجودة في القضية بالضرورة، أمام محكمة النقض، هي الوسيلة التي لا تتطلب أي تفسير بالنسبة إلى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع التي يتحقق منها بيادة قضاء الأساس والتي لا يعود بإمكانها أن تشكل موضوع النقاش، في حين أن وسيلة الدعم الموجودة في القضية بالضرورة، أمام القضاء الأدنى، هي الوسيلة التي لا تحتاج إلى أي تقدير جديد للواقع المنزوع به للقاعدة القانونية التي يقتضي أن تنظم هذه الواقعة.

فالتناقض إذا يجري تجنبه أحياناً أمام محكمة النقض، بالطريقة عينها التي يتم ذلك أمام قضاء الواقع. وتتج عن ذلك الضرورة الملحة لحصر وسيلة الدعم في القضية في حدود ضيقة ومحددة بدقة.

ويمكن كذلك التفكير في أنه من المأمول به في الحقيقة، وفي غياب أي معيار موضوعي حقيقي، طالما أن محكمة النقض في النهاية هي التي تحدد ما إذا كانت الواقعة المنزوعة بها، أو القاعدة القانونية المطبقة، محتومة، مما يقودها أحياناً إلى الإتيان بتقدير واقعي صرف⁽¹⁾، أن يتخلى الاجتهاد عن هذه النظرية. واحترام النقاش الوجيه مبدأً أساسياً مفروض على القاضي بالطريقة عينها كما في موجب البت بالنزاع وفقاً للقواعد القانونية التي توسب. وليس ثمة أي سبب لإعطاء الأولوية لأحد هذه المبادئ على غيره وقبول استثناء لصالح هذه القاعدة أو تلك من القواعد. ولا يهم أن يمثل تطبيق القانون على الوقائع طابعاً كلياً معيماً، ذلك بأن مراعاة النقاش الوجيه أحد الثغرات التي تتيح للقاضي جعل حكمه مقبولاً من الفريقين. وليس القانون المجرد هو المحقق في القضية وإنما احترام الوظيفة القضائية وفعالية قرار القضاء.

125 - مبدأ التصرف بالدعوى.

إنه يعني أن الفريقين هما سيّدَا المنازع فيها. ولهما توجيه الدعوى وليس في وسع القاضي تعديل تمايز الدعوى (المادة 4 من مدونة الإجراء المدني الجديدة التي تؤكد مبدأ ثبات النزاع)⁽²⁾. وقد حكمت محكمة النقض، في مادة الوصف، وفي صدد دعوى بطلان عقد وصفه المدعى «بشركة محاصة»، وهذا الوصف لم يعترض عليه المدعى عليه،

(1) إن محكمة النقض، بحكمها بأن واقعة كهذه لا تنوجب إعادة تفحصها وتقديرها بطريقة جديدة، تجري بالضرورة تقدير حول الوصف الذي أخذ به قضاء الأساس، حتى ولو أعلنت التخلي عن هذا الوصف لسلطة قضاء الواقع السيدة.

(2) J.VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, الطبعة 22، موسوعة Dalloz، 1991، رقم 379 وما يلي، صفحة 304 وما يليها.

بأن قضاء الأساس لا يمكنهم، لاستبعاد ادعاء المدعي، إعادة وصف الاتفاقية بالتقدير إنها تحليل، في الحقيقة، كتنفخ عن حصص في الشركة. إن محكمة الاستئناف، «بالحكم على هذا النحو، في حين أن موضوع النزاع الذي رجعت فيه كان دعوى بطلان عقد وليس الاعتراض على طبيعة هذا العقد، انتهكت المادة 4 من مدونة الإجراء المدني الجديدة»⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أن الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض حكمت، في 25 كانون الثاني 1989⁽²⁾، بعد أن ذكرت «بأن موضوع النزاع محدد في ادعاءات الفريقين وأن هذه الادعاءات في الاستئناف وكذلك وسائل الدعم التي بنيت عليها مصاغة في الطلبات المتبادلة»، بأن محكمة الاستئناف ليس بإمكانها أن تتخذ قرارها بالاستناد إلى نقاشات شفوية ضد مستندات الفريقين الخطية بدون أن تنتهك المادتين 4 و 954 من مدونة الإجراء المدني الجديدة.

إن الحد المطروح هنا لسلطة الوصف أو إعادة الوصف مطلق، ذلك بأن الإجراء المدني اتهمي وليس تحقيقي⁽³⁾. وبإمكان القاضي أو عليه إعادة وصف العقد في حدود النزاع شرط احترام مبدأ الوجاهية، غير أنه ليس في وسعه تعديل تعابير النزاع⁽⁴⁾. وهذا هو السبب الذي من أجله لا يستطيع أن يبيّن قراره على وقائع ليست في المناقشة، إذ إن ادعاءات الفريقين تركز بالضرورة على الوقائع التي ينزعان بها (المادة 6 من مدونة الإجراء المدني الجديدة).

غير أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض حكمت، في 18 كانون الثاني 1989⁽⁵⁾، استناداً إلى المادة 12 من مدونة الإجراء المدني الجديدة، بأن بإمكان محكمة الاستئناف إعادة وصف الأساس القانوني للادعاء بدون أن تنتهك المادة 4 من الإجراء المدني. وكان البحث عن مسؤولية إحدى الشركات استناداً إلى المادتين 1383 و 1384 عن القانوني المدني؛ بيد أن قضاء الاستئناف حكموا على أساس عقد الوكالة. والتنكر للمبدأ الموجه أثّر دعماً للطعن. وقد ردت محكمة النقض هذا الطعن بحجة «أنه يعود إلى القاضي، المناظر في دعوى المسؤولية المدنية على التخلف عن موجب النصيحة الذي لا يمكن أن يتوضع في القضية الراهنة في الأرضية العقلية، إعادة الوصف الحقيقي للوقائع والأعمال

(1) الغرفة التجارية، 2 أيار 1983، Dalloz، 1985، صفحة 388، تعليق A.JOLY.

(2) النشرة المدنية، II، رقم 20، صفحة 9.

(3) H.CROZE et C.MOREL، Procédure civile، المرجع عينه، رقم 194، صفحة 196، حول التعارض بين الإجراء الاتهامي والإجراء التحقيقي. ويلاحظ المؤلفان أن القانون الجديد للإجراء المدني وسّع وظيفة القاضي المدني بأن فرّض عليه إعادة الوصف، والتفسير الذي أعطته محكمة النقض للنقض للمبادئ الموجهة للدعوى يطل هذه الملاحظة كما يبين ذلك الحكم المذكور سابقاً في 2 أيار 1983.

(4) J.VINCENT et S. GUINCHARD، Procédure civile، الطبعة 22، موسوعة Dalloz، 1991، رقم 407، صفحة 326 وصفاً 327.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 18، صفحة 11.

المنازع فيها، بدون التوقف عند التسمية التي يمكن أن يكون الفريقان قد اقترحاها».

2) احترام حجية الشيء المحكوم فيه

126 - لا يكتسب الشيء المحكوم فيه سلطاناً مطلقاً ولا يُفرض على القاضي إلاّ عندما يكون قد حكم خلال القضية عينها في عوالب قرار سابق.

عندما تجتمع الشروط المبينة في المادة 1351 من القانوني المدني، يكتسب الحكم الذي بت بوصف العقد حجية الشيء المحكوم فيه. ولا يسع الفريقان في دعوى جديدة أن يدعيا أن اتفاقيهما تشكل رهناً مع عقد فاسخ في حين أنه جرى الحكم في دعوى سابقة أن العقد المنازع فيه يجب أن بوصف بيع مع شرط استرداد المبيع⁽¹⁾. وجرى الحكم بالطريقة عينها بأن المتعاقدين لا يسمحهما في مناسبة دعوى ثانية الادعاء بأن العقد الذي يربطهما كان يشكل حقاً عمرياً في حين أنه جرى الحكم سابقاً بأن الأمر يتعلق بعقد إيجار⁽²⁾.

على أنه ليس للشيء المحكوم فيه حجية مطلقة حتى بين الفريقين. إن الأمر يتعلق بوسيلة دعم لمصلحة خاصة على الفريقين إثارتهما⁽³⁾، إلاّ عندما يصدر الحكم خلال القضية عينها في مآل حكم سابق، وفي هذه الحالة تكون الوسيلة من الانتظام العام⁽⁴⁾. ويمكن إثارة وسيلة الدعم لأول مرة أمام قاضي النقص بدون أن تعلن أنها جديدة. وليست المحكمة التي عليها إثارتهما تلقائياً ملزمة، استثناء للمبدأ العام، بالتطرق إلى شروحات الفريقين⁽⁵⁾. وبالتالي يمكن أن يرتدي وصف العقد حجية الشيء المحكوم فيه المطلقة وأن يكون مفروضاً على القاضي وعلى الفريقين.

II - وصف العقد من قبل محكمة النقص

127 - سبق أن رأينا أن وصف العقد ليس موجباً على القاضي دائماً. ولا يعني هذا

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقص في 16 تشرين الثاني 1984، النشرة المدنية، III، رقم 488، صفحة 444.

(2) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقص في 6 كانون الثاني 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 15، صفحة 12.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقص، 16 كانون الأول 1986، النشرة المدنية، I، رقم 300، صفحة 286. انظر: J.BORÉ, La cassation en matière civile، المذكور آنفاً، رقم 2589، صفحة 771.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقص، 29 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، I، رقم 225، صفحة 160. الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقص، 28 نيسان 1986، النشرة المدنية، II، رقم 67، صفحة 45. - الغرفة التجارية، 26 حزيران 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 205، صفحة 171.

(5) الغرفة التجارية في محكمة النقص، 26 حزيران 1984، الحكم المذكور سابقاً الذي استند إلى نظرية وسيلة الدعم في القضية بالضرورة⁶. انظر الرقم 124 السابق - الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقص، 10 آذار 1993، النشرة المدنية، II، رقم 93، صفحة 50، التي استبعدت صراحة المظن المستخرج من انتهاك المادة 16 من قانون الإجراء المدني.

المبدأ أن قضاء الأساس يملكون حرية كاملة في هذه المادة. إن مبداء محصور في الحقيقة ومحدود بهذه الصيغة: لا يمكن أن يكون هناك مطعن بحق قضاء الأساس لعدم ممارستهم سلطة الوصف عندما لا يستند المتقاضون إلى الوصف الصحيح للاتفاقية. وبالمقابل تخضع المحاكم، عندما تصف الاتفاقية، لرقابة محكمة النقض التي تتحقق مما إذا كان الوصف المعتمد متوافق مع الوقائع التي ينسحق منها قضاء الأساس بسيادة.

وتراقب محكمة النقض الوصف الذي أعطاه قضاء الأساس فتحدد هكذا الطبيعة القانونية للقرود الخاصة ضمن حدود التفريق بين الواقع والقانون.

أ - مبدأ رقابة الوصف

128 - تراقب محكمة النقض وصف العقد الذي تبناه قضاء الأساس وتحدد التصنيفات بدقة.

تراقب محكمة النقض وصف العقد انطلاقاً من الوقائع التي تحقق منها قضاء الواقع بسيادة⁽¹⁾. ويعود إليها بالفعل التحقق من وصف العقد ما دام أن قضاء أدنى لجأ إلى استنتاج

(1) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 8 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 225، صفحة 160 (كفال) - النقض التجاري في 16 شباط 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 60، صفحة 40 - (وصف شرط تعيين حاصر) - النقض التجاري في 3 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 335، صفحة 239؛ Dalloz 1993، صفحة 96 من الموجز، ملاحظة M.VASSEUR (وصف ضمان لدى أول طلب) - الغرفة المدنية الثالثة، 7 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، III، رقم 264، صفحة 163 (وصف إيجار حكري). الغرفة المدنية الثالثة، أول نيسان 1992، النشرة المدنية، III، رقم 108، صفحة 66؛ Dalloz 1993، صفحة 364 من الموجز، ملاحظة P.MAGNIN (وصف عقد بناء منزل فردي) - الغرفة المدنية الثالثة 11 كانون الأول 1991، Dalloz 1992، صفحة 43 من التقرير، 1993 Dalloz، صفحة 362، ملاحظة F.MAGNIN، النشرة المدنية، III، رقم 316، صفحة 186 (وصف بيع عقار للبناء) - الغرفة المدنية الثالثة، 20 تشرين الثاني 1991 (حكمان)، النشرة المدنية، III، رقم 283 ورقم 284، صفحة 167 وصفة 168: مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1992، رقم 33، صفحة 26 (وصف صفقة على أساس مبلغ إجمالي) - النقض التجاري في 9 نيسان 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 126، صفحة 91 (وصف بيع تسليم سفينة) - النقض الاجتماعي، 11 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، V، رقم 472، صفحة 285 (وصف مصالحة) - الغرفة المدنية الأولى، 10 كانون الثاني 1990، النشرة المدنية، I، رقم 6، صفحة 5 - النقض التجاري في 7 حزيران 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 191، صفحة 133 - النقض الاجتماعي في 11 تشرين الأول 1988، النشرة المدنية، V، رقم 516، صفحة 334 - الغرفة المدنية الأولى، 3 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 300، صفحة 205 - النقض الاجتماعي، 25 كانون الثاني 89، النشرة المدنية، V، رقم 57، صفحة 33 - 20 أيار 1989، النشرة المدنية، V، رقم 392، صفحة 236 - 27 أيلول 1989، النشرة المدنية، V، رقم 548، صفحة 333 - 5 تموز 1989، النشرة المدنية، V، رقم 503، صفحة 304 - النقض التجاري، 5 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 1، صفحة 1 - 20 كانون الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 417، صفحة 348 - 6 كانون الثاني 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 4، صفحة 3 - الغرفة المدنية الثالث، 21 حزيران 1977، النشرة المدنية، III، رقم 270، صفحة 208 - النقض التجاري، 22 شباط 1977، النشرة المدنية، IV، رقم 58، صفحة 51 - 7 شباط 1977، Dalloz 1978، صفحة 702، تطبيق NGUYEN PHU DUC - 7 كانون الثاني 1977، النشرة المدنية، -

قانوني انطلاقاً من وضع واقعي⁽¹⁾. إنها وظيفة محكمة النقض التوحيدية. وهكذا تأكدت رقابة وصف المقد كبدل. وتقود ممارستها إلى تحديد المفاهيم القانونية.

ولوحظ أن الوصف «يظهر كمجابهة تعريف وحالة محسوسة». غير أن الوصف لم يعد بالتالي التصنيف وحسب وإنما التعريف أيضاً. إنه تعريف الحالة المحسوسة للإدخال في فئة سابقة الوجود... والمفهوم ذاته، بطريقة غير مباشرة، يتحدد أكثر. ويستدعي أي وصف، عن طريق الماثلة بوضع واقعي بمفهوم قانوني، حسب تعبير العميد MARTY، «تعريفاً لهذا المفهوم»⁽²⁾.

ويعالج قاضي النقض التصنيفات عن طريق الوصف. وهو الذي يحدد عناصر اتفاقية وينبتها ويفرقها عن عقود قريبة⁽³⁾، مقررراً ما إذا كان عنصر ما هو أصلي أو تابع. وهكذا يكتيك العقود المختلفة المعروفة ويجعلها متكيفة مع المنفعة الاجتماعية.

= IV، رقم 38، صفحة 35 - 17 أيار 1976، النشرة المدنية، IV، رقم 166، صفحة 141 - الغرفة المدنية الثانية، 7 تشرين الثاني 1974، النشرة المدنية، II، رقم 287، صفحة 239 - النقض التجاري، 2 كانون الثاني 1998، النشرة المدنية، IV، رقم 6، صفحة 5. انظر أيضاً الأحكام العديدة المستند بها في العدول النزي لمحاكمة 1960 - 1969، V، العقود والموجبات، رقم 263 وما يليه، صفحة 2581 وما يليها.

(1) انظر: Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 671 وما يليه، صفحة 539 وما يليها.

(2) انظر: Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 3، صفحة 2 ووصلة 3.

(3) انظر في شأن أمثلة قديمة النقض المدني، 10 تشرين الثاني 1981، يوميات الكتابة العدل، 1861، البند 17272، صفحة 637 وما يليها.. النقض بنسابة عريضة، في 21 نيسان 1879، يوميات الكتابة العدل، 1879، البند 22103، صفحة 406 وما يليها. وبالنسبة إلى أمثلة حديثة، الرقم 61 السابق، التصليق، 48، والغرفة المدنية الأولى، 3 شباط 1982، النشرة المدنية، I، رقم 60، صفحة 51، فخرس Defrénois، 1982، البند 32927، رقم 101، صفحة 1632، ملاحظة G. VERMEILLE. الانقافية المعقودة بين مستثمر مخيم ومالك قافلة متوقفة في قطعة الأرض مقابل عائدة وقد سرقت بعد ذلك ليست إبداعاً مأجوراً وإنما عقد إجارة لا يؤدي إلى أي موجب حراسة - النقض التجاري، 13 شباط 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 42، صفحة 28، الحكم بأن التفريغ عن حمص في الشركة لا يتحمل كنفريغ عن مؤسسة تجارية خاضعة للمادة 12 من قانون 29 حزيران 1935 - النقض التجاري، 6 حزيران 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 161، صفحة 111 - النقض التجاري 24 نيسان 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 120، صفحة 79: «لا يمكن وصف هبة بآئنة إلا شرط أن يوفر مسكن مستقل للمرهوب له»؛ ويتبع ذلك بالتالي أن هبة رقية الملك لولد في الشهر السابع عشر من عمره لا يمكن وصفها بآئنة - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، III، رقم 256، صفحة 145، التفريق بين عقد بناء منزل فردي وعقد مهارة العمل - النقض التجاري، 16 شباط 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 42 (تعريف عقد الإدارة الإيجابية لمؤسسة تجارية) - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 337، صفحة 233 (تعريف شرط إمكانية الرجوع أو العدول) - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 339، صفحة 234، الاتفاق المسبق على مبلغ المكافأة الصحيح ليس عنصراً أساسياً لتقيد إجارة العمل - النقض الاجتماعي، 13 أيار 1992، النشرة المدنية، V، رقم 307، صفحة 192، تعريف المصالحة.

ب - حد رقابة الوصف

129 - تفريق الواقع عن القانون.

مهمة محكمة النقض معاقبة عدم توافق الحكم مع القواعد القانونية فقط (المادة 604 من قانون الإجراء المدني الجديد). إنها لا تنظر في أساس القضايا إلا أن يكون ثمة نص تشريعي مخالف (المادة 111 - 2 L من قانون التنظيم القضائي). وصلاحياتها محددة هكذا بالتفريق بين الواقع والقانون⁽¹⁾. ويخضع وصف العقد أو إعادة وصفه لهذه القاعدة في الصلاحية وإحدى نتائجها هي تحطير وسائل دعم جديدة، أي تحطير وسائل الدعم التي لم يتم التقدم بها أمام قضاة الأساس (المادة 619 من قانون الإجراء المدني الجديد)⁽²⁾.

ووسيلة الدعم المستخرجة من الوصف الخاطئ ينبغي إذاً أن تكون قانونية صرفاً عندما لا يجري التمسك بها أمام قاضي الواقع. وهذه الوسيلة تم تعريفها كالوسيلة التي «لا تتطلب، من جهة محكمة النقض، أي تحقق ولا أي تقدير واقعي لم يتم بهما الحكم أو يتم لهما وزناً في علاقتهما مع جوهر الحكم المطعون فيه»⁽³⁾.

وقد أخذت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في صيغة أكثر اختصاراً، بأن وسيلة الدعم هي قانونية صرف «طالما أنها لا تستند إلى أي اعتبار واقعي لا ينتج عما أعلته قضاة الأساس»⁽⁴⁾.

ويدخل وصف العقد عموماً معطيات واقعية كانت بالتأكيد في النقاش، إلا أن الحكم المطعون فيه لم يأخذ بها على وجه الخصوص. وبالتالي فإن المدعي من وسائل الدعم التي تقترح وصفاً جديداً يتم إعلانها ممزوجة بالواقع والقانون، وانطلاقاً من ذلك غير مقبولة⁽⁵⁾. وهذا هو، على سبيل المثال، استبدال التفويض في الدين بحوالة عن الدين⁽⁶⁾. كما جرى الحكم أيضاً بأن وسيلة الدعم التي تتمسك بأن العقد ينبغي أن يوصف بامتياز بإجازة براءة⁽⁷⁾ أو بوعده بضمان موافقة الغير⁽⁸⁾، هي جديدة وبالتالي غير مقبولة، ولا يمكن إعادة النظر في عقد شركة ما دام لم يتم التمسك أمام قضاة الواقع بأن نية المشاركة غير موجودة⁽⁹⁾.

(1) J.BORÉ, La cassation en matière civile, المذكور آنفاً، رقم 1034 وما يليه، صفحة 365 وما يليها.

(2) J.BORÉ, المرجع عينه، رقم 2480 وما يليه، صفحة 741 وما يليها.

(3) J.BORÉ, المرجع عينه.

(4) 16 شباط 1984، النشرة المدنية، II، رقم 68، صفحة 53.

(5) J.BORÉ, المرجع عينه، رقم 2595، صفحة 772، الأمثلة المذكورة.

(6) النقض التجاري، 21 نيسان 1977، d'Abriçon عند شركة Petit Cavallax، الحكم رقم 19، والحكم رقم 308 - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تموز 1980، S.A.G.O، ضد مصلحة الإسكان بيدل إيجار معتدل (HLM) لمدينة باريس، الحكم رقم 14، والحكم رقم 1209.

(7) النقض التجاري في 18 شباط 1964، النشرة المدنية، III، رقم 86، صفحة 76.

(8) النقض التجاري في 2 أيار 1966، النشرة المدنية، رقم 216، صفحة 194.

(9) النقض التجاري في 23 آذار 1971، النشرة المدنية، IV، رقم 88، صفحة 81.

وتعاقب محكمة النقض أخيراً وصفاً مغلوطاً، وإنما ليس بإمكانها عموماً أن تستبدل به وصفاً جديداً اقترحه المدعي أو لم يقترحه في الطعن بسبب التفريق بين الواقع والقانون. وهذه الاستحالة التقنية تمنع الإحاطة بها بالجوء إلى المادة 12، الفقرة 2، من قانون الإجراء المدني الجديد لأنها لا توجب على قاضي الأساس إعادة وصف الاتفاقية المنازع فيها إلا في حال وجود قاعدة من الانتظام العام.

وفترض الوصف أحياناً تقدير نية الفريقين⁽¹⁾ حيث يصطدم في هذه الحالة مباشرة بسلطة قضاء الواقع السيدة.

والقاعدة المثارة لطفها الإمكانية المعترف بها للفريقين - أو لمحكمة النقض - بإثارة وسائل دعم من الانتظام العام، شرط أن لا تكون عكس الفرضية المقدمة لقضاة الواقع⁽²⁾. وقد برهن أحد المؤلفين أن تعريف الوسيلة الممزوجة بالواقع والقانون، في شأن الوسائل من الانتظام العام، هي ذاتها بالنسبة إلى قاضي النقض وقاضي الاستئناف: يكفي، لكي يعتبر المظن من الانتظام العام قانونياً بحثاً وظاهراً بذاته، أن يركز على أي واقعة وأي مستند خطي لم يعرض على قاضي الأساس وأن لا يكون في النقاش⁽³⁾. وفي الحالة المعاكسة يقتضي رد وسيلة الدعم لأنها مزيج من الواقع والقانون. وفي 13 شباط 1974 حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض⁽⁴⁾ بأن انتهاك قاعدة ما، حتى ولو كانت من الانتظام العام، لا يمكن التذرع به أمام محكمة النقض إذا كان يفترض معرفة الظروف الواقعية التي تطرح على قاضي الاستئناف، «إن طابع الانتظام العام لا يكون معترفاً به لتحطيم بعض العقود لمصلحة عامة إلا أن يكون هذا الشرط قد تم التقيد به»⁽⁵⁾.

والانتظام العام مفروض على محكمة النقض كما على قاضي الأساس، وينجم عن ذلك تبيين لشروط قبولية وسائل الدعم من الانتظام العام أمام هذه المحكمة. وهكذا يمكن التفكير، في احترام تفريق الواقع عن القانون، في أن محكمة النقض ملزمة بإثارة وسيلة دعم

(1) Fr.TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 686، صفحة 553 وصفحة 554.

(2) انظر على وجه الخصوص حكم الغرفة التجارية في 7 تشرين الثاني 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 270، صفحة 183 - حكم الغرفة الاجتماعية في 26 نيسان 1988، النشرة المدنية، V، رقم 257، صفحة 168. انظر كذلك حول المبدأ الذي بمقتضاه تكون وسيلة الدعم المناهضة للإدعاءات المعبر عنها في الطلبات المتبادلة في الاستئناف غير مقبولة، ولو كانت من الانتظام العام، الغرفة المدنية الثانية، 14 آذار 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 187، صفحة 128.

(3) J.BORÉ، La cassation en matière civile، المذكور سابقاً، رقم 2626، صفحة 781. ويضيف المؤلف: «إن شروط القبولية في النقض لوسيلة دعم من الانتظام العام هي بالتالي أوسع من شروط وسيلة الدعم القانونية الصرفة؛ وتعريف وسيلة الدعم الممزوجة بالواقع والقانون هي على العكس أشق في الحالة الأولى منها في الحالة الثانية» (رقم 2628، صفحة 781).

(4) النشرة المدنية، III، رقم 77، صفحة 58. انظر أيضاً بحكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 تموز 1974، النشرة المدنية، III، رقم 320، صفحة 243.

(5) J.BORÉ، المربع عينه، رقم 2657، صفحة 789، الاستشهادات المفيدة الواردة. وكذلك النقض المدني، 25 حزيران 1907، 1908، I، S، 81، تعليق R.DEMOGUE.

من الانتظام العام في حين بإمكانها فقط إثارة وسيلة دعم قانونية محض. إن قبولية هذه الوسيلة الأخيرة هي استثنائية بالتأكيد في ما يتعلق بوصف العقد، غير أنه ليس من شأنها إخفاء هذا التفريق الجوهري الذي هو ضمان فعالية الانتظام العام.

الفقرة 2 - الصلاحية للمقيدة

130 - يبقى مبدأ التصرف بالدعوى، حتى المخفف⁽¹⁾.

قاعدة تسوس الدعوى. ولذلك أتاح قانون الإجراء المدني الجديد للفريقين تقييد القاضي بوصف العقد بمقتضى اتفاق صريح وبالنسبة إلى الحقوق التي لهما حرية التصرف بها⁽²⁾ (المادة 42 من قانون الإجراء المدني الجديد، الفقرة 3)، مما ينزع إلى البرهنة على أن وصف العقد ليس بحد ذاته من الانتظام العام. وقد جرى تقديم هذه الإمكانية بأنها مقيدة طبيعياً باستخدام إجراء العريضة المشتركة (المادة 57 والمادة 58 من قانون الإجراء المدني الجديد)⁽³⁾.

وقبل فحص شروط ممارسة السلطة المعترف بها للمتقاضين ينبغي تحديد مجال هذه السلطة.

I - مجال السلطة المعترف بها للمتقاضين بتقييد القاضي بوصف العقد

131 - لا يستطيع الفريقان تقييد القاضي إلا بالنسبة إلى الحقوق التي لهما حرية التصرف بها شرط عدم اعتماد وصف غير قابل لتسوية شرعية ادعاء أحد المتقاضين.

132 - التفريق الضروري بين الانتظام العام للإدارة والانتظام العام للحماية.

تخضع إمكانية تقييد القاضي بوصف ما لحرية التصرف بالحقوق المطالب بها. وليس ثمة شك إذاً في أن الانتظام العام يشكل حد هذه السلطة.

على أنه يجدر التفريق حسب طبيعة الانتظام العام القابل للتأثير في الحقوق المطالب بها وهي موضوع الاتفاق. وفي ما يتعلق بالانتظام العام للإدارة، سواء أكان خلقياً أو سياسياً أو اقتصادياً أو اجتماعياً، لا يمكن أن يكون هناك أي اتفاق معد لتقييد القاضي مكملاً. ويجب أن نضيف إلى هذه الفئة التقليدية الانتظام العام المتعلق بالدعوى. عندما يكون مغفول الاتفاق على الوصف تعديل قواعد الصلاحية المعتمدة، يجب إعلان هذا الاتفاق غير شرعي حتى ولو كان للفريقين حرية التصرف في أساس القانون⁽³⁾. وبالمقابل، عندما يقود

(1) J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, 22^e édition, Dalloz, رقم 381 وما يليه، صفحة 306 وما يليها.

(2) انظر J. MIGUET, Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit, Mélanges HÉBRAUD, de droit, 587 صفحة وما يليها.

(3) J. MIGUET، المرجع عينه، صفحة 579 وصفحة 580: ينبغي وضع الحد بأن تقييد القاضي يجب أن لا «

وصف الاتفاقية إلى تطبيق قواعد معدة لحماية أحد المتعاقدين، لا يمكن لأي نص أن يتعارض مع أن يقوم المتقاضي بالمدول عن هذا الوصف لتبني وصف آخر بالاتفاق مع خصمه. والتحقق الوحيد على عاتق القاضي يتركز على تحديد ما إذا كان المدول قد أعطي بشكل سليم⁽¹⁾.

133 - ينبغي أن لا يكون وصف العقد في تناقض مع ادعاء أحد الفريقين.

هذا الشرط غير وارد في النص إلا أنه مفروض تجاه مفهوم قضاء المنازعات. يطلب أحد الفريقين مثلاً استرداد مال يتمسك بأنه ما زال ماله. وليس بإمكان الفريقين تبني وصف الهبة للعقد الذي بموجبه كان المال قد جرى رده، لأن ذلك يعني الاعتراف بحق الخصم⁽²⁾. والمادة المنازع فيها سيتمنعها الوصف ولن يكون للدعوى أي سبب للوجود. ولا يسع القاضي إلا أن يرد ادعاء الاسترداد. وبالمقابل بإمكان الفريقين تقييد القاضي باختیار وصف الإيداع بدلاً من وصف القرض. والمسألة المنازع فيها، أي الاسترداد، تبقى بحاجة إلى البت بها وإنما على أساس وصف ممكن تجاه موضوع النزاع. وقد لخص السيد Miguet نتيجة هذا التحليل بهذه التعابير: «يجب أن لا يكون الوصف المختار في تناقض مع ما جرى طلبه، ينبغي أن يكون وصفاً ممكناً بالنسبة إلى الوضع الواقعي وغايات الادعاء الحقيقية»⁽³⁾.

والإمكانية المتروكة للمتقاضين في تقييد القاضي بوصف ما ليست إذاً ممتدة إلى الحد الذي يمكن أن يدعو إلى الاعتقاد به مجرد قراءة قانون الإجراء المدني الجديد، ذلك بأن القانون يعود طبيعياً إلى وظيفة القاضي وليس إلى الفريقين، وأن هذه الإمكانية لها مفعول السماح للقاضي بانتهاك القانون بتطبيق خاطئ⁽⁴⁾.

ويتساءل السيد Miguet أيضاً حول نتائج وصف منحرف بالنسبة إلى الوضع الواقعي وإلى الادعاء، وهو يرى أن على القاضي في هذه الحالة أن يتمكن من الخروج من هذا الطريق الممسود بأن يعلن أن الدعوى غير مقبولة لغياب المصلحة⁽⁵⁾. ويمكن التقدير بجزئية أقل أن على القاضي فقط رد الادعاء باعتباره غير قابل للتجاوب مع الوصف المقترح. إن الدعوى مقبولة وإنما غير مسوّغة.

= يؤدي إلى انتهاك قاعدية الصلاحية من الانتظام العام. وأبعد المؤلف كتمان وصف الدين المدني في حين أن الدين هو في الحقيقة تجاري، مما له مفعول إعطاء صلاحية لمحكمة البداية (القاضي الوحيد) في حين أن هذه المحكمة هي غير ذات صلاحية عادة.

(1) انظر حول المدول عن الانتظام العام للمحكمة، الرقم 122 السابق.

(2) J.MIGUET، المرجع فيه، صفحة 577 وصفاً 578.

(3) J.MIGUET، المرجع فيه، صفحة 581.

(4) انظر: J.MIGUET، المقالة المذكورة سابقاً.

(5) J.MIGUET، المرجع فيه، صفحة 580 وصفاً 581.

II - شروط ممارسة سلطة الاعتراف للمتقاضين

بتقييد للقاضي عن طريق وصف العقد

134 - يتحلل الاتفاق الذي يشير إليه قانون الإجراء المدني الجديد كاتفاقية تخضع بهذه الصفة للنظرية العامة للعقد⁽¹⁾. ويتعلق الأمر بتحديد الزمن الذي يكون العقد فيه مبرماً بشكل صحيح، والتعير عن رضا الفريقين، ومدى هذا الاتفاق بالنسبة إلى طرق المراجعة.

أ - زمن تكوين العقد

135 - سلطة تقييد القاضي عن طريق وصف العقد لا يمكن أن تتدخل إلا أن يكون النزاع قد نشأ.

لا يحدد قانون الإجراء المدني الجديد الزمن الذي تكون فيه الاتفاقية التي يكون موضوعها تقييد القاضي عن طريق وصف العقد قد تكونت بوجه صحيح. فهل يجب أن نخلص من ذلك إلى أن الفريقين عند إبرام اتفاقيتهما كان بإمكانهما منذ ذلك الوقت توقع أن الوصف المعتمد، في حالة النزاع، يفرض على القاضي؟

إن الفريقين، بمقتضى هذا البند، يتعهدان، قبل أي نزاع، بعدم الإخضاع لصلاحية المحاكم إلا قسماً من نزاعهما المحتمل. وهما، بطريقة ما، يتصالحان على نزاع سرف يحدث.

وفي هذه الرؤية يجب وصف الاتفاق بأنه مصالحة. والمادة 2044 من القانون المدني تعرف هذه المصالحة بأنها: «عقد بموجبه ينهي الفريقان خلافاً نشأ، أو يتوقعان خلافاً سوف ينشأ». وتتيح المصالحة للمتعاقدين أن يتجنبوا سلفاً وضع يد القاضي على النزاع المحتمل. ويمكن أن نستنتج من ذلك أن تقييد القاضي يكون ممكناً منذ إبرام الاتفاقية.

ولهذا التحليل حسنة أكيدة. فالمصالحة ترتدي حجية الشيء المحكوم فيه (المادة 2052 من القانون المدني)، وتفرض على الفريقين وعلى القضاة، بدون أن تكون ثمة حاجة إلى التساؤل حول ضرورة تكرار الاتفاق في الاستئناف⁽²⁾ أو عند طلب النقض⁽³⁾. وتقييد القاضي يكون نهائياً. وإضافة إلى هذه الحسة ينبغي بيان أن المصالحة تتيح للفريقين العدول وإخضاع خلافهما المحتمل للسلطة الدلوية (أي المتعلقة بالدولة) في حين أن شرط التحكيم في العادة المدنية محظور (المادة 2061 من القانون المدني).

على أنه من غير الأكيد أن وصف المصالحة يمكن أن يكون مقبولاً بسهولة إلى هذه

(1) J.MIGUET، المرجع عنه، صفحة 580 وما يليها.

(2) انظر الرقم 136 اللاحق.

(3) انظر الرقم 139 اللاحق.

الدرجة. وبالفعل لا يكفي أن يتوقع الفريقان نزاعاً سوف ينشأ. يجب كذلك أن يتفقا على تنازلات متبادلة⁽¹⁾. ومن المشكوك فيه، بالنسبة إلى هذا التطلب، أن يكون بالإمكان وصف الاتفاق بالمصالحة. فالفريقان، بمدولهما حتى المتبادل عن المنازعة في طبيعة عقدهما، لا يتفقا حقيقة على التنازلات المتبادلة. إنهما يعدلان وحسب عن حق بدون أن تكون هذه التنازلات معروضة عنها بمنافع ما. من الصنعي إذاً تقدير أن تقييد القاضي هو مصالحة.

والمصالحة، في القانون المدني، هي الاتفاقية الوحيدة التي تتيح لمن هو أهل للحق استبعاد نزاعات سوف تنشأ عن المحاكم. والمصالحة، لأنها ليست تقييداً للقاضي، لا يمكن أن تدخل إلا أن يكون النزاع قد نشأ.

وهذه الخلاصة تفرض نفسها أيضاً في أروحية العدول. من الممكن دائماً العدول عن حق، غير أنه عندما يكون من الانتظام العام يجب كذلك أن يكون هذا الحق مكتسباً⁽²⁾. إن المتعاقدين يعدلان هنا سلفاً عن حق إخضاع نزاعهما الذي لم يولد بعد. والحال أن حق اللجوء إلى القضاء يبدو أنه من الانتظام العام⁽³⁾، على الأقل في القانون المدني، طالما أن شرط التحكيم محظور عندما يرد في عقد ملني حتى في عقد مختلط. وهكذا ينبغي أن يُحرم العدول المسبق من أي مفعول. ولا يستطيع المتعاقدان تقييد القاضي عن طريق وصف العقد إلا أن يكون النزاع قد نشأ.

ب - التعبير عن الرضا

136 - يكفي في القانون العام (droit commun) تلاقي الإيجاب والقبول لتكوين العقد⁽⁴⁾، والتعبير عن الرضا لا يتطلب عموماً إبداء صريحاً للإرادة⁽⁵⁾.

واتفاق المتنازعين حول الوصف - ذي الطابع العقدي - يجب، بالمقابل، أن يكون صريحاً. وهذا التطلب ناتج عن المادة 12 من قانون الإجراء المدني الجديد. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 15 تشرين الأول 1979⁽⁶⁾، بأن مجرد التطابق بين طلبات الفريقين المتبادلة لا يشكل الاتفاق الصريح الذي بمقتضاه بإمكانهما، استناداً إلى

(1) مرسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧، المصالحة، 1976، تأليف L. BOYER، رقم 18 وما يليه.

(2) انظر مرسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧، العدول، 1989، تأليف DREIFUSS- NETTER، رقم 70 وما يليه.

(3) تنص المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية علناً على أن أي شخص له الحق في أن تسمح قضيتهم بإنصاف وعلناً وفي مهلة مفعولة من قبل محكمة مستقلة وغير منحازة. ففيها القانون، إتشا حول النزاعات في حقوقه وسردياته ذات الطابع المدني، وإشاً في شرعية أي اتهام موجه ضده... .

(4) انظر تكوين العقد، رقم 286 وما يليه.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 395.

(6) النشرة المدنية، III، رقم 175، صفحة 136.

المادة 12 من قانون الإجراء المدني الجديد، تقييد القاضي بالوصف والنقاط القانونية التي يتوخيان منها تحديد النقاش، وأن محكمة الاستئناف، في غياب اتفاق كهذا، تمكنت من إعادة الوصف الحقيقي لمقد 26 نيسان 1970 الذي كان في النقاش، وبذلك يخضع لمناقشة وجامعة⁽¹⁾.

ج. مدى الاتفاق بالنسبة إلى طرق المراجعة

137 - يجدر تلمح مدى الاتفاق بالنسبة إلى الاستئناف، ثم بالنسبة إلى الطعن للنقض.

138 - تكرار الاتفاق في الاستئناف.

جرى طرح مسألة ما إذا كان الاتفاق الصريح للمقاضيين يجب تكراره في الاستئناف أم لا⁽²⁾. وقد أخذ السيد Miguet، بعد أن استبعد النقاش على أرضية طبيعة الاستئناف، بأن «تقييد (القاضي) يجب أن يحدد في الدعوى الأولى مع احتمال قيام الفريقين بتقييد قاضي الاستئناف باتفاق صريح جديد. ولهذا الحل أيضاً حصة تأمين حماية أفضل للفريق الذي أعطى موافقته بلا تبصر ويشين له أن هذا الاتفاق أضر به في الدعوى الأولى»⁽³⁾.

لا يمكن الأخذ بهذا التحليل بدون تحفظات. فاتفاق الفريقين يشكل عقداً، وأحياناً عقداً قضائياً عندما يتدخل خلال الدعوى، شرط أن يتحقق منه القاضي⁽⁴⁾. ومبدأ القوة الملزمة التي سنتها المادة 1134 من القانون المدني مندرج بالضرورة إذاً للتطبيق. ولا يمكن السماح لأحد الفريقين بأن ينكر ثانية تعهده الأحادي الجانب بحجة أن الاتفاق أضر به. وكل فريق احتفظ بحق رفع استئناف، وبالتالي، حسب التحليل المبين، بإعادة النظر في فعوى العقد، يكون قد احتفظ بالحق المطلق بالعودة إلى العقد. وهكذا يكون هذا الاتفاق خاضعاً لشرط إرادي بحث، ولن يكون موجوداً لأن أي فريق لن يكون مجبراً على ذلك حقاً، ولن يكون الأمر غير ذلك إلا أن يكون الفريقان قد حددا صراحة مدى اتفاقهما في الدرجة الأولى من المحاكمة. بيد أن هذا التحديد، عدا الفائدة المشكوك فيها لهذا الشرط، لا يمكن أن يفترض افتراضاً. والحل الذي ينادي به السيد Miguet لا يمكن الأخذ به بالتالي انطلاقاً من براهين مقدمة.

(1) تاون بحكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 أيار 1981، النشرة المدنية، II، رقم 142، صفحة 76، الذي حكم، في مادة البينة، بما يلي: «إن محكمة الاستئناف لم تكن ملزمة بأن تعتبر أن الوقائع المطروحة بها كانت ثابتة بسبب التسليم الوحيد بأنها لم تكن موضع نزاع صريح من قبل الغرفة الآخرين...».

(2) J. MIGUET، المرجع عينه، صفحة 565.

(3) J. MIGUET، المرجع عينه، صفحة 568.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 نيسان 1980، النشرة المدنية، I، رقم 116، صفحة 96 - الغرفة المدنية الثانية، 14 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، II، رقم 313، صفحة 155.

إن طبيعة دعوى الاستئناف هي التي يمكن أن تحدد ما إذا كان تقييد القاضي ينبغي أن يتكرر أم لا أمام الاستئناف، إذ لوحظ أن المسألة، في حالة استئناف محدود بنقطة منازع فيها غير مشمولة بالاتفاق، هي بدون موضوع. وكانت الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض قد أكدت علناً بتاريخ 10 شباط 1961 في حكم Matinier «أن دعوى الاستئناف ليست، في الدرجة الثانية، سوى استمرار للدعوى التي افتتحت بإحدى أوراق محضري الدعوى»⁽¹⁾. وكان التأكيد بدون تحفظ، وكان قابلاً للتأويل من قبل الهيئة العامة بكامل أعضائها في 3 نيسان 1962⁽²⁾ التي حكمت بما يلي: «دعوى الاستئناف المتميزة ينبغي على العكس أن تكون خاضعة للنصوص خارج الحالات التي يبقى فيها تطبيق أحكام القانون القديم ضرورياً لتسوية طوارئ الإجراءات الأولى». وهكذا يكون الاستئناف، حسب هذا الحكم وحججه اسمى من الحكم الصادر في 10 شباط 1961، دعوى متميزة ما عدا الاستثناء. والهيئة العامة تحتفظ فقط بالنسبة إلى حالة طوارئ الإجراءات الأولى. وتكفي، في ما عني مقصدنا، ملاحظة أن المبدأ المأخوذ به (سابقاً لإصدار قانون الإجراءات المدني) يتضمن استثناء رسمت حدوده معطيات النزاع المحال إلى محكمة النقض (تطبيق القانون في الزمان). ويمكن التفكير، بصورة عامة، في أن دعوى الاستئناف لها طابع أصلي هو بمثابة مبدأ كما يدعو الاعتقاد بذلك بعض أحكام قانون الإجراءات المدني الجديد⁽³⁾، بيد أن هذه الأصالة ليست مطلقة، ومن هنا وجود بعض الاستثناءات التي تبرهن عليها أحكام أخرى من هذا القانون⁽⁴⁾.

يقضي إذاً أن نعرف ما إذا كان الاتفاق الصريح الوارد في المادة 12 من قانون الإجراءات المدني الجديد مرتبطاً بالمبدأ أم أنه يعود لمجال الاستثناء. إن الجواب قابل للتأويل، ويرتبط بتطور النزاع أمام قضاء الدرجة الثانية، فإذا كان الأمر متعلقاً فقط بإعادة النظر في الحكم المطعون فيه، بدون أن يتم التلويح بوقائع جديدة أو بدون أن يتدخل أشخاص ثالثون في دعوى الاستئناف، فإن تقييد القاضي يعود إلى الاستثناء. فالاتفاق إذاً غير مطروح تلقائياً للبحث من جديد. وبالمقابل إذا كان النزاع يظهر في جو جديد حقيقي، فإن الاتفاق الصريح يجب أن يكون بالإمكان اعتباره عديم المفعول لأنه يستهدف وضعاً مختلفاً. فمن غير الممكن بداهة إذاً الادعاء بأن تقييد القاضي لا يفرض على الفريقين. خلال دعوى الاستئناف والعكس بالعكس. ويتوقف كل شيء على الظروف الخاصة بكل حالة.

(1) النشرة المدنية، II، رقم 113، صفحة 82، Dalloz، 1961، صفحة 443، تملين P.HÉBREAU؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1961، II، 12085، تملين P.PRAYNAUD.

(2) انظر على سبيل المثال إمكانية التصدي للدعوى المنصوص عليها في المادة 568 من قانون الإجراءات المدني الجديد، والإسكانية المحدودة بالتأكد في الإدخال القسري المنصوص عليها في المادة 565 من قانون الإجراءات المدني الجديد.

(3) انظر كشال المفعول النافذ للاستئناف، المادة 561 من قانون الإجراءات المدني الجديد، ومبدأ منع الادعاءات الجديدة في قضية الاستئناف، المادة 564 من قانون الإجراءات المدني الجديد.

139 - مدى تقييد القاضي تجاه دعوى النقض .

يرى السيد Miquet أن دعوى النقض مستقلة . ويستتج من ذلك أن اتفاق الفريقين في الدعوى السابقة لا يفيد قاضي النقض . والمتقاضون ، حسب المؤلف ، لا يمكنهم تقييد قاضي النقض في غياب نص خاص في قانون الإجراء المدني الجديد . فتكون السلطة المعترف بها للمتقاضين غير قابلة للتطبيق أمام محكمة للنقض ، وهي بالتالي في النهاية غير فعالة⁽¹⁾ . وهذا التحليل لا يمكن الأخذ به .

مما لا طائل تحته التساؤل حول طبيعة دعوى النقض للإجابة على السؤال المتعلق بمدى تقييد القاضي . وتكفي الملاحظة ، حسب المادة 604 من قانون الإجراء المدني الجديد ، أن «الطعن للنقض ينزع إلى جعل محكمة النقض تنقض الحكم المطعون فيه لعدم توافقه مع القواعد القانونية» . والإمكانية المتروكة للفرقاء في تقييد القاضي هي تطبيق لقاعدة قانونية . إنها تضيق صلاحية قاضي الواقع وتحدد موضوع النزاع . فليس على قاضي النقض إذاً تقدير وصف العقد الذي اعتمده الفرقاء حتى ولو كان غير صحيح ، وإلا أن تنكر للمادة 4 من قانون الإجراء المدني الجديد الواردة في الكتاب الأول من هذا القانون : أحكام مشتركة بين السلطات القضائية جميعاً . عليه فقط التحقق مما إذا كان القضاء الأدنى قد أحترم القانون ، أي اتفاق الفرقاء حول الوصف واستتج من ذلك ، تجاه الظروف الواقعية ، المتحقق منها بسيادة ، النتائج التي تفرض نفسها . وقاضي النقض مفيد باتفاق الفرقاء كقاضي الاستئناف ، حتى ولو كان بإمكانه تقدير وجود اتفاق⁽²⁾ .

ويتزع الطعن للنقض ، وهو طريق مراجعة استثنائية ، فقط إلى رقابة قانونية الأحكام تجاه معيار مطبق على النزاع كما الفرقاء وليس تجاه معيار مجرد وعام . وتنزع رقابة النقض ، عندما يكون القاضي مقيداً بالوصف ، إلى الاقتراب من مراجعة الأبطال المنصوص عليها في مادة التحكيم الداخلي في المادة 1484 من قانون الإجراء المدني الجديد . وعلى محكمة النقض فقط التثبت من أن المبادئ الأساسية للإجراء المدني ، كالجاهية مثلاً ، جرى احترامها وينبغي عدم نسيان أن الدعوى تبقى ملك الفرقاء (المادة 1 من قانون الإجراء المدني الجديد) .

(1) المرجع عيه ، صفحة 690 وصفحة 591 .

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة ، 10 تشرين الأول 1979 المذكور سابقاً .

الباب الفرعي II

مدة تنفيذ العقد

140 - يمكن أن تتعلق المدة في العقد بتكوينه وتنفيذه.

من الشائع الكلام على «مدة العقد». والتعبير ملتبس ويخفي حقيقة معقدة بصورة خاصة. ومما لا غنى عنه التفريق بين مختلف الطرق في تحصيل المدة في العقد.

ويمكن أن تؤثر المدة في أول الأمر في تكوين العقد⁽¹⁾. وغالباً ما يتموضع، بين المبادرة التي يشكلها الدخول في المفاوضات، أو الإيجاب، وإبرام العقد، فترة سابقة للتعاقد يمكن أن تكون أحياناً لمدة طويلة. ويفترق تعقيد العقود العصرية، الدراسات التي تتطلبها ليس من أجل معرفة المعطيات الواقعية وحسب، وإنما أيضاً قواعد الانتظام العام المطبقة، والأذونات الضرورية في الغالب، ولا سيما في مادة سعر الصرف أو المدنية، لإطالة الفترة السابقة للتعاقد.

ويمكن، خلال هذه الفترة، أن تيرم عقود تمهيدية. ويتموضع تنفيذها في تكوين العقد التي تهدف إلى تكوينه. وعلى سبيل المثال يقود تنفيذ عقد مبدئي يتعهد فيه الفرقاء بالتفاوض بحسن نية حول إبرام عقد محدد، في حال نجاح هذه المفاوضات، إلى تكوين العقد المنشود.

على أن تحصى المدة في العقد هو بصورة أعم في صدد تنفيذه، غير أنه ينبغي في هذا الصعيد إجراء تفريق جديد.

141 - ينبغي تفريق «مدة تنفيذ العقد» عن «مدة وجود العقد» و «مدة فعالية العقد».

تبدأ مدة وجود العقد من تاريخ إبرامه وتنتهي في نهاية الانتفاقية. وهذه النهاية يمكن أن تنتج عن حله أو فسخه أو إبطاله، بيد أنها ستكون طبعياً نتيجة تنفيذه.

إن تفريقات جديدة هي ضرورية على صعيد تنفيذ العقد.

ويهتم على وجه العموم من تنفيذ العقد تنفيذ المرجب الأصلي، الذي أنشأ العقد، أو،

(1) انظر تكوين العقد، رقم 286 وما يليه، ولا سيما رقم 329 وما يليه حول الفترة السابقة للتعاقد.

إذا تعلق الأمر بعقد ملزم للطرفين، تنفيذ الموجبات الأصلية للطرفين. ففي البيع مثلاً يتعلق الأمر بتسليم الشيء ودفع الثمن.

وعندما يتأخر تنفيذ الموجب الأصلي أو الموجبات الأصلية بأجل موقف تفرق مدة وجود العقد، ونقطة انطلاقها التكوين النهائي للعقد، عن مدة تنفيذه التي تنطلق اعتباراً من حلول الأجل الموقوف الذي يحدد استحقاق تنفيذ الموجبات الأصلية. ومدة وجود العقد ومدة تنفيذه لهما، بالمقابل، نقطة القيد عينها: تنفيذ الموجبات الأصلية. وإذا اتفق الفريقان مثلاً على تأخير تسليم الشيء لشهرين بالنسبة إلى إبرام البيع وثلاثة أشهر للدفع بالنسبة إلى هذا التسليم تكون مدة وجود العقد خمسة أشهر، في حين أن مدة التنفيذ تكون ثلاثة أشهر فقط، وهي فترة محصورة بين حلول أجل تنفيذ أحد الموجبات الأصلية وتنفيذ الموجب الأصلي للفريق الآخر.

ويتعدّد التحليل إذا أخذنا في الحسبان ما ينشئ العقد أيضاً من موجبات تابعة. وهكذا يلزم البائع، بالإضافة إلى تسليم الشيء، بموجب ضمان العيوب الخفية أو نزوع اليد. وللاخذ في الحسبان هذا النوع يمكن، باستعادة تعبير من نظرية حديثة⁽¹⁾، الكلام على مدة فعالية العقد⁽²⁾.

ولهذه المدة نقطة انطلاق التنفيذ عينها التي تشكل بديلة. بيد أن نقطة قدمها تمتد إلى أبعد من تنفيذ الموجبات الأصلية حتى سقوط الموجبات التي ينشئها العقد جميعاً. ومقدار ما يجري تفحص عدد غير محدود من الموجبات حيث يمكن أن يسقط كل منها في أوقات مختلفة يندرج ضرورياً الكلام، في صيغة الجمع، على مدّة فعالية العقد. وذلك ضروري إلى درجة أن ثمة مجالاً، ما دام أننا نكون في أرضية كل من الموجبات، للاخذ في الحسبان ما يمكن أن يتموضع فيه تنفيذه في أوقات مختلفة. وهكذا يمكن أن يكون لمدة تنفيذ العقد نقطة انطلاق سابقة ونقطة قدم لاحقة لنقاط انطلاق مدة التنفيذ. وستكون مدة فعالية العقد بصورة عامة أطول من مدة تنفيذه.

والضريق هام ليس من وجهة نظر نظرية وحسب وإنما من وجهة نظر عملية.

ويمكن التفرقة بشكل عقلي بالإسناد فقط إلى تنفيذ الموجبات الأصلية بين العقود المعدّة للتنفيذ المتعاقب⁽³⁾، والبيع نقداً مع التسليم الفوري هو النموذج بالذات للعقد ذي

(1) J. PETEL, Les durées d'efficacité du contrat, أطروحة في مونبيلييه I، 1984، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 7، صفحة 6 وصفحة 6.

(2) لاحظت الأستاذة Petel في هذا الصدد ما يلي: ليس العقد (إن) تعالاً بمجره إنشاء الموجب الذي يضع نقطة انطلاق وجود الموجب وليس فعالية العقد ونقطة انطلاق فعالية الاتفاقية تكونها إذا الآونة التي يندرج فيها الموجب مستحقاً. وهذا مفهوم العقد عندما يجتمع عنصران: ولادة الموجب واستحقاقه. وأضافت: تتناول مدة فعالية العقد إذا بمدة استحقاق الموجب وليس بمدة وجوده الأوسع في الغالب، ولا بمدة تنفيذه الأضيق أحياناً. (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 7، صفحة 5 وصفحة 6).

(3) لاحظت الأستاذة Petel أن «مراجعة مدة مفاعيل الاتفاقية تبقى إجمالية دائماً؛ أنها تجري على مستوى العقد الذي يوصف بتنفيذه بالفوري أو المتعاقب أو المتفرج» (الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 12، صفحة 11). وهي تناقض هذا التحليل ملاحظة أن العقد ينتج عدة مفاعيل تقاطع انطلاقها ونقاط قدمها مختلفة. ليرض =

التنفيذ الفوري. على أن الموجب التابع للضمان يمكن أن يطيل الفعالية بعيداً عن مدة التنفيذ الفوري. كما أن بيعاً من طريق الاشتراك يتضمن تسليمات متكررة خلال فترة معينة بوصف بعقد ذي تنفيذ متتابع أو متدرج يحوي أجلاً محدداً. وإذا أخذنا في الحسبان موجب ضمان العيوب الخفية الملقى على عاتق البائع، في الوضع الحالي لقانوننا، فإنه يفتح أمام الشاري باب دعوى نقطة انطلاقها اكتشاف العيب. وهذا الاكتشاف يتموضع في تاريخ غير محدد، وهكذا تكون مدة فعالية العقد، بخلاف مدة تنفيذه، مدة غير محددة. ويمكن أن تضاعف الأمثلة⁽¹⁾. والتفريق بين العقود لمدة محددة وغير محددة يفقد الجوهر من معناه إذا فحصنا مدة فعالية العقد بدلاً من تحديد مدة تنفيذه.

ويبدو، كقاعدة عامة بدون إهمال حقيقة مفهوم مدد فعالية العقد، من الأفضل عدم العمل على تفجير هذا العقد لصالح تحليل مركز حصر في تنوع الموجبات التي ينشأها. ومدة تنفيذ العقد في النهاية هي التي تبقى جوهرية بالتالي وتتوافق بصورة أفضل مع التفريقات التقليدية التي تستمر منفعتها على الأقل جزئياً، رغمًا عن الاستقادات التي تعرض لها. فمدة تنفيذ العقد إذاً هي التي سترجع إليها طبعاً، عدا تحديداً خاصاً.

على أن ثمة بعض العقود التي تكون فيها مدة الفعالية متعلقة بموجب أصلي. والمثال النموذجي هو نموذج الكفالة. فالكفيل في هذه الحالة ملزم بموجبين، موجب تغطية وموجب تسديد⁽²⁾. وينظر الموجب الأول تحديد مدة الدين المكفول... وهكذا يعين الاستحقاق نقطة قدوم مدة تنفيذ العقد؛ إلا أن الكفيل لن يتحرر لأن موجب التسديد يمكن أن يستمر ويشير إلى مدة فعالية العقد. وهكذا مثلاً حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض في 11 أيار 1993⁽³⁾ بأن «الكفيل الذي تعهد بالضمان بدون تحديد الموضوع ولا المدة، والموجبات المتعاقدة عليها أو التي ستكون على عاتق المدين تجاه الدائن، عليه أن يضمن جميع الموجبات المدة المحددة المتفق عليها قبل التحقيق الأحادي الجانب للكفالة حتى ولو استمر تنفيذ هذه الموجبات استناداً إلى اشتراطات عقدية بعد تاريخ هذا التحقيق».

إن هذا التفريق موجود أيضاً في مادة التأمين. وقد أدانت محكمة النقض الممارسة التي تركز بالنسبة إلى المؤمن على إخضاع ضمانه لطلب تصريح بالحادثة يقدمه المؤمن خلال

= الموجبات سيكون بتنفيذ فوري، وأخرى بتنفيذ مستقيم. واستنتجت من ذلك أن «الفعالية تتجلى عدة مرات وكذلك توقف الفعالية أيضاً» (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 15، صفحة 15). ولذلك لم تدرس مدة العقد وإنما مدد فعالية العقد رافضة هكذا التفريق التقليدي.

(1) جرى الحكم مثلاً بأن «موجب حفظ السر الذي يلزم به المصرفي لا يتوقف مع تحقيق عقد الحراسة السرم مع «زبونته»، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 حزيران 1993، النشرة المدنية، I، رقم 197، صفحة 136.

(2) Ph. SIMLER, Cautionnement et garanties autonomes، الطبعة الثانية، منشورات Lécir، 1991، رقم 204.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 178، صفحة 125.

فترة الضمان⁽¹⁾. وفي عرف الغرفة المدنية الثالثة «تسديد العلاوات للفترة الكائنة بين سريان مفعول عقد التأمين وانقضاءه له، كمقابل ضروري، ضمان الأضرار التي يكون مصدرها فعل حصل خلال هذه الفترة، واشترط وثيقة التأمين التي بمقتضاها لا يكون الضرر مضموناً إلا أن يكون تصريح الضحية، الضروري في أي حال لتطبيق تأمين المسؤولية، قد جرى تقديمه خلال فترة صلاحية العقد، يؤدي إلى حرمان المؤمن من الاستفادة من التأمين بسبب فعل لا ينسب إليه وإلى خلق نفع غير مشروع لأنه مجرد من السبب لصالح المؤمن وحده الذي يكون قد استوفى علاوات بدون مقابل، وهذا الاشتراط يجب بالتالي أن يعتبر غير عطي⁽²⁾». كما تبنت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض هذا التحليل⁽³⁾ الذي لا يتعلق مع ذلك بمقود تأمين المسؤولية المترافقة مع الأنماط النموذجية الموضوعة وفقاً لنصوص تنظيمية⁽⁴⁾. فمدة فصالية عقد التأمين لا تتوافق إذاً مع مدة تنفيذه.

يبقى بيان أن المدة في تنفيذ العقد، سواء تعلق الأمر بوجوده أو بتنفيذه أو بفعاليتها، يجب تفريقها أيضاً عن مدة الحقوق، غير إنشاء الموجبات، التي يولدها أو ينقضيها. وهكذا مثلاً تكون مدة حق الملكية، من حيث المبدأ، مستقلة عن مدة العقد الذي نقلها⁽⁵⁾.

142 - مفاهيم «العقود ذات التنفيذ الفوري» و «المتعاقب» و «المتدرج».

يجعل القانون المدني تصنيف العقود المدنية على مدة التنفيذ، حتى ولو كانت تستتج من بعض الأحكام الخاصة⁽⁶⁾. ويواجه النقد تقليدياً العقود ذات التنفيذ الفوري أو العقود الفورية بالعقود ذات التنفيذ المتعاقب أو العقود المتعاقبة⁽⁷⁾. وقد تم مؤخراً إدخال فئة ثالثة قدمها بعضهم كوسيلة وبعضهم الآخر كفرع من العقود ذات التنفيذ المتعاقب العقود المتدرجة أو ذات التنفيذ المتدرج.

ويوصف العقد عموماً بعقد تنفيذ فوري عندما يتم تنفيذ الموجبات في فترة وجيزة⁽⁸⁾.

- (1) انظر: G. VINEY, La clause dite «de réclamation de la victime en assurance de responsabilité: le contrat d'assurance», 3778, صفحة 337، الذي سمى إلى الإشراف على وضع الاجتهاد وإياد.
- (2) الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 حزيران 1992، النشرة المدنية، III، رقم 179، صفحة 111.
- (3) 28 نيسان 1993، النشرة المدنية I، رقم 148 صفحة 99. 9 أيار 1994، نشرة محكمة النقض 1994، رقم 632. 30 آذار 1994، نشرة محكمة النقض 1994 رقم 10، صفحة 7 و 8.
- (4) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 حزيران 1993، النشرة المدنية، I، رقم 227، صفحة 157 تقرير محكمة النقض، 1993، صفحة 337.
- (5) انظر بهذا المنحى I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 10، صفحة 7 وصفحة 8.
- (6) انظر على سبيل المثال المادة 1810 من القانون المدني التي تفرق الدخول الأيدي عن الدخول العمري، والمادة 1758 من القانون المدني في ما يتعلق بمدة إيجار شقة مؤنثة، والمادة 1774 من القانون المدني المتعلقة بمدة إيجار مال زيفي بدون اشتراط أجل.
- (7) Dalloz، BRIERE DE L'ISLE، De la notion de contrat successif، 1957، الصفحة 53 من العرض.
- (8) SAVIGNY، Le droit des obligations P.JONZON، ترجمة C.GÉRARDIN et P.JONZON، الجزء I، الطبعة الثانية، E.Thorin، باريس، 1873، صفحة 334 PLANIOL et RIPERT، Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، الطبعة الثانية، L.G.D.S.، 1952، تأليف P.ESMEIN، رقم 45، صفحة 45.

كالبيع نقداً. ولا يهم أن يكون التقديم محدداً بأجل أم لا⁽¹⁾ إن المدة تندخل في العقد ولكنها لا تؤثر في تنفيذه الذي تم في فترة وجيزة دائماً. فوجود العقد وحده يندرج في المدة عندما يكون ثمة اشتراط مثلاً على دفع الثمن لأجل.

وقد حددت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 14 تشرين الأول 1983⁽²⁾، تعريف عقود التنفيذ المتعاقب، بمعنى المادة 10 من قانون 29 كانون الأول 1977 التي أضافت إلى المادة 79 من الأمر الاشتراعي بتاريخ 30 كانون الأول 1958 المتعلق بتحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك الأحكام التالية: «يعتبر غير خطي كل شرط في عقد التنفيذ المتعاقب ولا سيما الإيجار والإجارة من أي طبيعة كانت ينص على الأخذ في الحسبان فترة تغير المؤشر التي تفوق المدة المنقضية بين كل إعادة نظر». إن عقود التنفيذ المتعاقب المقصودة بهذا النص هي العقود التي تتضمن تقديمات متبادلة من كل من الفريقين متدرجة في الزمان، وليس ذلك حال بيع يؤدي إلى نقل ملكية الحصص في الشركة المتفرغ عنها فوراً إلى المتفرغ له مع مهلة دفع معطاة للمتفرغ له على قسم من الثمن.

ومن المسموح به التردد في إعطاء مدى عام لتعريف صادر تجاه نص خاص في حكم لم تر محكمة النقض من العلامن نشره في نشرتها الرسمية. غير أنه يبدو، كما سنرى، أن مسألة المفعول الرجعي للحل الذي هو إحدى الفوائد الرئيسية للتفريق بين عقود التنفيذ الفوري وعقود التنفيذ المتعاقب هي التي تطرح بالشكل الأكثر خصوصية تجاه العقود التي تنص على تقديمات متبادلة تتدرج في الزمان. وعندما يتم تبادل التقديمات خلال زمن معين، وفقاً لاشتراطات العقد، هل أن التلاشي الرجعي للاتفاقية وردة التقديمات المتبادلة اعتباراً من إبرامها ملائماً؟ تلك هي، كما سنرى، المسألة الخاصة التي تطرحها هذه الفئة من العقود. ويفضل بعض المؤلفين، لتمييز العقد الفوري، الكلام على «التنفيذ دفعة واحدة»⁽³⁾ أو «التنفيذ بتقديم واحدة»⁽⁴⁾ مما يستبعد أي فكرة استرداد وسوف سنرى أنها تميز أحد

⁽¹⁾ 47 - B.STARCK, Obligations, المجلد 2، العقد، الطبعة الرابعة، منشورات LILAS، 1983، تأليف P.ROLAND et L.BOYER، رقم 113 - H.L.J. MAZEAUD, Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد 1، Obligations, Théorie générale، الطبعة الثامنة، منشورات Montchrestien، 1991، تأليف CHABAS، رقم 109، صفحة 95 - FLOUR et AUBERT, Les obligations، المجلد 1، L'acte juridique، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 91.

⁽²⁾ انظر بهذا المعنى CARBONNIER, Obligations، الطبعة 17، 1993، الفقرة 138 - PLANIOL et RIPERT، تأليف ESMEIN، المرجع عنه B.STARCK، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، المرجع عنه.

⁽³⁾ مجلة قصر العدل، 4 شباط 1984، بانوراما.

⁽⁴⁾ 176 - Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Obligations، الطبعة 5، انتراج F.Lefebvre، 1986، تأليف P.LEVEL، رقم 71، صفحة 53. انظر CARBONNIER, Obligations، الفقرة 138.

⁽⁵⁾ 43 - WEILL et TERRÉ, Obligations، الطبعة 4، رقم 43. وفي الطبعة 5، 1993، تأليف TERRÉ، SIMLER et LEQUEURRE، بخفي التعبير، رقم 68.

أشكال عقود التنفيذ المتعاقب.

إن عقد التنفيذ المتعاقب أو العقد المتعاقب هو أولاً، وبلا نزاع ممكن، العقد الذي لا يمكن تنفيذه إلا بسبب سريان الزمن⁽¹⁾، إنه، حسب السيد Azema، العقد «الذي يجب أن تنفذ موجباته خلال فترة من الزمن»⁽²⁾. ويفترض بعض العقود بطبيعته تنفيذاً ممتداً إلى حد ما. فعقد العمل وعقد التأمين وعقد إيجار عقار غير منفصلة عن مدة معينة وهي عنصر جوهري في الاتفاقية. فالمستخدم في عقد العمل بصورة خاصة يلتزم بتوفير العمل لمستخدمه خلال مدة العقد بكاملها ويلتزم المتقدم بتنفيذه، وتنفيذ الموجبات بصورة مستمرة. ووصف عقد التنفيذ المتعاقب يطبق بالتأكيد على هذه الفئة الأولى⁽³⁾.

ووصف العقود «المتعاقبة» المستعمل في الغالب أقل ملاءمة في هذا الصدد من وصف «عقود التنفيذ المتعاقب» ذلك بأنه، كما بين Planiol⁽⁴⁾، يمكن أن يحمل على التفكير في أن الأمر يتعلق «بعدة عقود يعقب بعضها البعض الآخر»، في حين أن الأمر يتعلق «بعقود تنفيذها متعاقب ولا يمكن أن يتم إلا بشرط انقضاء فترة من الزمن...». على أن التعبيرين يمكن استخلاصهما مع هذا التحفظ.

وهذا الوصف، رغمًا عن احتجاجات بعض المؤلفين الذين يفضلون الكلام على عقود التنفيذ المتدرج، هو على وجه العموم مطبق أيضاً في العقود التي يتحقق تنفيذها، بدون أن يكون استمرارها ضرورياً، حكماً أو حسب إرادة الفريقين باسترداد التقديرات المتتالية خلال فترة معينة. واسترداد التقديرات هذا يمكن أن يكون شبه مستمر، كتوفير الغاز أو الكهرباء اليومي، وكسليم صحيفة أو اشتراك شهري، وكسليم نشرة دورية أو في فترات غير منتظمة، وكسليم العقود أو تنفيذ عقد صيانة.

والعقد، في عرف Esmein، «هو عقد تنفيذ متعاقب عندما يخضع الفريقان أو أحدهما لتقديرات مستمرة أو متكررة في فترات متفق عليها، لوقت محدد أو غير محدد»⁽⁵⁾. وفي رأي Aubert و Flour يكون البيع مع التسليم الذي يمد فيه فريق بتسليم كمية معينة من السلع دورياً أو في تواريخ محددة عقداً متعاقباً⁽⁶⁾. التعريف المعتمد هو بدلي إذن عندما يكون أحد

(1) B.STARCK، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، المرجع عينه، رقم 114 - TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE، المرجع عينه.

(2) La durée des contrats successifs، أطروحة في L.G.D.J.، باريس، 1969، مقدمة R. NERSON، رقم 3، صفحة 3.

(3) انظر بهذا المعنى B.STARCK، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، المرجع عينه، رقم 114 - M.PLANIOL، تعليق Dalloz (1989)، I، 457.

(4) الشاهد به سابقاً.

(5) المرجع عينه، وبالسمة ذات FLOUR et AUBERT، المرجع عينه.

(6) المرجع عينه، صنف ESMEIN هذا العقد في السطر ل PLANIOL و RIBERT في فئة عقود التنفيذ المتدرج، مما يجعل التصنيف الثلاثي لهذين المؤلفين غامضاً إلى حد ما حسب السيد M.L.CROS في Les Dalloz، contrats à exécution échelonnée، 1989، المرفص، VII، رقم 6، صفحة 50.

الموجبات على الأقل تدريجي التنفيذ⁽¹⁾.

وقد جرى حديثاً اقتراح فئة ثالثة وسيطة مبنية على استرداد التقديرات: فئة عقود التنفيذ المستدرج⁽²⁾. وكان Demogue أول من عرّف هذه الفئة⁽³⁾. أنها تضم، حسب العميد Carbonnier الذي لم يجعل منها سوى فئة فرعية للعقود المتعاقبة، بخلاف Esmein الذي عرّفها بأنها فئة ثالثة⁽⁴⁾، العقود التي تجعل التقديرات يعقب بعضها البعض الآخر في الزمان ويمكن أن تشكل منطقياً عدداً معائلاً من العقود، وإنما تعتبر أنها تمثل كلاً بسبب وحدة العمل الأصلي⁽⁵⁾ لإرادة الفريقين. وبيع الأشياء بحصص تسلم في فترات مختلفة يشكل ما سماه Demogue⁽⁶⁾ عقود تنفيذ متلوج. وعلى سبيل المثال نورد أيضاً عقد الاشتراك.

143 - يمكن أن تكون العقود لمدة محددة ولمدة غير محددة.

يكون العقد لمدة محددة عندما يشترط الفريقان أجلاً يضع نهاية لتنفيذه. وهو لمدة غير محددة في غياب أجل كهذا.

وهكذا يترقب هذا التفريق على نقطة معرفة ما إذا كانت مدة تنفيذ الموجبات الأصلية قد حددها الفريقان أم لا.

على أن العقد الذي لم يحدد الفريقان مدته يمكن أن يكون مقترناً بأجل قابل للتحديد فقط. وقد جرى الحكم بأن عقد المزارعة الذي يتنازل فيه أحد الأشخاص لشخص آخر عن حق استخراج مواد معدنية مقابل عائدة تحدد تبعاً لكيفية المواد المستخرجة⁽⁷⁾ في الوقت الذي يشاء هو بيع⁽⁸⁾. بيد أن هذه الاتفاقية تندرج في المدة في ما يتعلق بتنفيذها. فالعقد يتجدد لدى كل استخراج للمادة والأجل النهائي غير معروف من الفريقين. غير أن هذا الأجل قابل للتحديد. وعندما تستنفد مادة المنجم يتلاشى العقد. ويدخل عقد المزارعة في فئة العقود التي سماها أحد المؤلفين «لمدة قابلة للتحديد»⁽⁹⁾ التي ليست سوى تنوع عقود لمدة محددة.

(1) انظر M.L. CROS، المقالة المذكورة سابقاً. كانت قائمة هذه الفئة الفرعية موضوع معارضة. انظر على وجه الخصوص G.BRIERE DE L'ISLE، De la notion de contrat successif، 1957، Dalloz، الصفحة 153 من العرض.

(2) Sources des Obligations، II، الجزء II، Traité des obligations en général، منشورات Rousseau، باريس 1923، رقم 917 خمس مرات، صفحة 912.

(3) المرجع عينه.

(4) المرجع عينه.

(5) Traité des Obligations، II، الجزء II، رقم 917 خمس مرات.

(6) النقص المدني في 27 كانون الثاني 1947، مصنف الاجتهادات الدوري، 1947، II، 3827، تعليق E.BECQUÉ.

(7) H.ROLAND، Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs، Mélanges VOIRIN، 1966، صفحة 737 وما يليها.

144 - انتقاد النمذجة التقليدية العينة على مدة تنفيذ العقد.

الفائدة الرئيسية لتصنيف العقود وتبعا لمدة تنفيذها، وبالأصح تبعا لمدة تنفيذ الموجبات الأصلية التي تولدها، هي المعافيل المختلفة التي ينتجها الإلغاء لعدم التنفيذ. فالإلغاء عقود التنفيذ الفوري وحده له مفعول رجعي. والأمر غير ذلك في ما يتعلق بعقود التنفيذ المتعاقب⁽¹⁾ التي لا تنسخ في المجال إلا لفسخ ليس له مفعول إلا للمستقبل.

وسنرى⁽²⁾ أن الحل لعدم التنفيذ له، في الحقيقة، من حيث المبدأ، مفعول رجعي، حتى بالنسبة إلى عقود التنفيذ المتعاقب، والاستثناءات على هذه الرجعية غير مقبولة إلا في أوضاع خاصة وضمن شروط صلبة. ومن وجهة النظر هذه يفقد تصنيف العقود العيني على مدة التنفيذ الكثير من فائدته.

حتى أنه، حسب السيد Brière de l'Isle⁽³⁾ لن يكون ثمة فرق بين عقود التنفيذ الفوري والعقود المتعاقبة لمدة محددة. ويقيم المؤلف وزناً لمدة وجود العقد لا لمدة التنفيذ وحسب. وهكذا يلاحظ بأن مشكلة عدم التوقع تطرح في التعابير عينها المستخدمة لهذين النموذجين من العقود. وبين، في ما يتعلق بمسألة معرفة ما إذا كان للحل مفعول رجعي أم لا، أنه من غير الصحيح التأكيد أن رجعية الحل لا تطبق على العقود المتعاقبة. وبالمقابل، في عرفة، للتفريق بين عقود التنفيذ الفوري والعقود المتعاقبة فائدة معينة عندما يتعلق الأمر باتفاقيات لمدة غير محددة. وبالفعل، وبسبب إمكانية التحقيق الأحادي الجانب التي تعود في هذه الحالة إلى كل من الطرفين، لن يكون لعدم التوقع تأثير في العقود المتعاقبة لمدة غير محددة، ذلك بأن اختلال التوازن لا يتلقاه وإنما يريد. يضاف إلى ذلك، حسب المؤلف، إن الحل لا يمكن أن يكون رجعياً في ما يتعلق بعقود التنفيذ المتعاقب لمدة غير محددة لأنه «ينتج تدريجاً بفعل سريان الزمن، من جهة أولى، تجديد ضمني لمدة محدد بالضرورة بإشعار الاستعمال أو بالإشعار القانوني حسب العقد، وتصديق ضمني لا جدال فيه للماضي». ويستنتج المؤلف من ذلك ما يلي: «يمثل عقد التنفيذ المتعاقب لمدة غير محددة، في الحقيقة، ويتحلل ويتنظم لا كمقد وحيد يشكل تنفيذه موضوع بعض الكيفيات كجزئة التنفيذ في الزمان وحسب، وإنما كتتابع عقوداً يمكن أن تكون على السواء عقوداً فورية أو عقود تنفيذ متعاقب لمدة محددة عندما تتضمن شرط تجديد ضمني».

وأهمية هذا التحليل الأساسية بيان أن دراسة مدة العقد يمكن بصحوة تقليصها إلى مدة تنفيذ الموجبات وحدها ذلك بأن التفكير على هذا النحو يعني أحياناً التفريق حيث لا يوجد

(1) B. STARCK, Obligations, تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المذكورين آنفاً، رقم 118 ورقم 119 - PLOUR et AUBERT، المرجع عينه - P. ESMEIN et R. RIPERT، المذكورين سابقاً، رقم 845 صفحة 48 - Ph. MALAURIE et L. AYNES، المذكوران آنفاً، رقم 320، صفحة 176 - TERRELL، SIMLER et LEQUETTE، المرجع عينه، رقم 66.

(2) النظر: ثلاثي المقد.

(3) المقالة المذكورة سابقاً.

في الحقيقة أي فارق. بيد أن بعض خلاصات السيد Brière de l'ISLE لا تحمل على الإقناع ولا سيما المفهوم الذي يأخذ به للعقد المتعاقب لمدة غير محددة. ومن الإسراف مماثلة هذا النموذج من الاتفاقيات بتتابع العقود. وهذا التقطيع يفترض إرادة الفريقين التي بإمكانها على العكس أن تكون قد شاعت إبرام اتفاقية واحدة ووحيدة. يضاف إلى ذلك، كما سنرى، أن حل عقد متعاقب لمدة غير محددة هو رجعي من حيث المبدأ⁽¹⁾.

وقد لاحظت الأنسة Petel⁽²⁾، بعد دراسة الاجتهاد المتعلق بمفاعيل القوة القاهرة والدوام مدى الحياة، أن القانون الوضعي يماثل عقد التنفيذ الفوري بعقد التنفيذ المتدرج⁽³⁾ ولا يأخذ في الحسبان التصنيفات الفقهية التقليدية.

وتقترح إقامة وزن لنور المدة. فالمدة بالنسبة إلى المتعاقدين وسيلة أو قصيدة. ففي الحالة الأولى «ليست المدة منشودة في ذاتها. فالدائن لا يهتم إلا بالنتيجة التي يتبع جريان المدة التوصل إليها. والنفع الذي يجتبه من الموجب يظهر لاحقاً لمدة التنفيذ حتى يمكن أن يكون مدى الحياة»⁽⁴⁾. «والإنجاز الحادي للتقديم هو الذي بالتالي يؤدي إلى سقوط الموجب وليس جريان مدة معينة... وليس مفهوم تغليب الكمية على مفهوم المدة الذي ليس مفهوماً مبدأً فما هو إلا نتيجة المفهوم الأول»⁽⁵⁾. وفي الحالة الثانية، المدة - القصيدة - كان الموجب قد اتخذ لفترة من الزمن للحصول على نفع خلال هذا الزمن. وخلال هذه الفترة يندرج إرضاء الدائن⁽⁶⁾. ويرتبط التصنيف المقترح، وفقاً للفرضية العامة لهذا المؤلف، بالموجب وليس بالعقد.

145 - يقيم القانون الوضعي وزناً لمدة تنفيذ العقد سواء أكانت فورية أم لا.

من الجلي أن التصنيف التقليدي لا يعرض تنوع الحلول التي يعتمدها القانون الوضعي. وفائدته هي أكثر تحديداً ما دام أن نظام الحل لعدم التنفيذ هو موحد من حيث المبدأ، حتى ولو كان صحيحاً. إن مفاعيل التعليق مختلفة بسبب مدة تنفيذ العقد⁽⁷⁾، وكذلك إذا ما تمكنا من الأخذ بأن التفرغ عن العقد يتعلق فقط بعقود التنفيذ المتعاقب⁽⁸⁾.

والقانون الوضعي يقيم وزناً لمدة تنفيذ العقد. وهذه المدة لا تحدد، من حيث المبدأ،

(1) انظر: تلاميذ العقد.

(2) I.PETEL, La théorie du contrat, رسالة في فيلوم الدراسات العليا في فقه مجلس الدولة واجتهاده، مونيخ، 1978.

(3) الرسالة المذكورة سابقاً، رقم 18 وما يليه، الصفحات 15 إلى 17.

(4) I.PETEL، المرجع فيه، رقم 23، صفحة 18.

(5) I.PETEL، المرجع فيه، رقم 24، صفحة 19.

(6) I.PETEL، المرجع فيه، رقم 27، صفحة 20.

(7) P.SMEIN المذكور آنفاً، رقم 45، صفحة 49.

(8) AYNÈS, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في باريس، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ph.MALAUZIE، رقم 260 وما يليه، صفحة 189 وما يليها. انظر في شأن نقد هذا التحليل، الرقم 692 للائحة.

وصف العقود الخاصة . على أن مدة تنفيذ العقد هي معيار بعض عقود الإيجار ذات الطبيعة الخاصة⁽¹⁾ . ومعيار اتفاقية الإشغال المؤقت، بالمقابل، ليس مدتها وإنما وقتية حق الشاغل⁽²⁾ . أما بالنسبة إلى الإيجارات فإن مدتها هي التي تحدد وصف عقد الإدارة أو التصرف الذي تعرف أهميته، ولا سيما في مادة السلطة والأهلية.

146 - تحدد مدة الإيجارات وصفها بعقد إدارة أو تصرف.

يستمر التفريق التقليدي بين الإيجارات لمدة سماوية أو أقل من تسع سنوات والإيجارات لمدة أكثر من تسع سنوات في إلهام القانون الوضعي.

ولا ينزع الإيجار اعتبارياً إلا إلى تسمير الأموال؛ بيد أن مدته، إذا كانت قد غدت غير مالوفة، فقد ظهرت خلال مدة طويلة بأنها تضفي عليه خطورة تتجاوز تدبير الإدارة الشائعة (Beudant، الجزء II، رقم 479). ولذلك نتج خلال وقت طويل جداً عن نصوص قديمة جداً في القانون المدني (المادة 1429 وما يليها على وجه الخصوص) أنه من الواجب اعتبار الإيجار الذي يتجاوز تسع سنوات سرياً وفعالاً كلياً... وفي هذه الشروط كان الإيجار يوصف بصورة تقليدية «بعقد إدارة». وكان له بالفعل طابع طبيعي وشائع في الوقت عينه⁽³⁾.

والإبقاء في الإيجار، حسب القانون المدني، هو عمل إدارة وإدارة ملزمة في الغالب. وهو مسموح به لمدير اللزمة المالية للتفرد كوكيل بسلطة معطاة بتعابير عامة مثلاً؛ ولن يصبح عقداً خطياً يستدعي سلطة خاصة إلا أن يكون قد أبرم لمدة تفوق التسع سنوات⁽⁴⁾.

وفي الواقع كانت المادة 1429 القديمة من القانون المدني تحدد صراحة في إيجارات التسع سنوات، بالنسبة إلى المرأة أو ورثتها، فعالية العقود التي أبرمها الزوج وحده على أموال زوجته. ويطبق الحل ذاته اليوم بموجب المادة 595 من القانون المدني كما نتجت عن قانون 13 تموز 1965، على الإيجارات التي وافق عليها المتنتفع وحده، وبموجب المادة 1778 من القانون المدني نفسه كما نتجت عن القانون عين، «على الإيجارات التي يعقدها الوصي بدون إذن مجلس الأسرة».

(1) انظر إيجار الحكر الحكري والإيجار للبناء - قارن في ما يتعلق بوصف عقد الإيجار الفصلي وليس الإيجار التجاري، وعلى وجه الخصوص وإنما ليس على سبيل الحصر، بسبب مدة تنفيذ العقد: الفقرة المدنية الثالثة، 22 أيار 1986، النشرة المدنية، III، رقم 74، صفحة 58.

(2) انظر: C.ROY - LOUSTAUNAU, Une construction prétorienne originale: la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux، السجلية القضائية للقانون التجاري، 1987، ولا سيما الصفحة 340 وما يليها، التعليقات 48 إلى 61. انظر حكم الفقرة التجارية في محكمة النقض، 5 تشرين الأول 1965، النشرة المدنية، III، رقم 475، صفحة 430. قارن - JAZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 129 وما يليه، صفحة 102 وما يليها، ومدة اتفاقيات الإشغال المؤقت بالنسبة إليه هي عنصر جزئي للوصف.

(3) فهرس القانون المدني، موسوعة Dalloz، V، العمل، 1970، تأليف P.HÉBRAUD et R.VERDOT، رقم 215.

(4) MALAURIE et AYNÈS، Droit civil، Les contrats spéciaux، الطبع الرابعة، 1990، رقم 835.

وكانت للغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 2 تشرين الثاني 1959⁽¹⁾ مناسبة تفحص فعالية إيجار لمدة تفوق تسع سنوات، وهذه المدة هي اثنتا عشرة سنة في الواقع، فردت وسيلة دعم ترمي إلى استبعاد دور نظرية الظاهر ببيان أن «الإيجار لمدة اثني عشرة سنة يتجاوز العقود السوية للإدارة لا يمكن الاحتجاج به ضد المالك». ولاحظت «أن الإيجار الذي عقده أحد الأشخاص غير المالك الحقيقي ليس أقل حجة ويحتج به في وجه المالك الحقيقي، ما دام أن المستأجر أبرم هذا الإيجار من حسن نية، وفي ظل الغلط المرتكب تدمج مدة هذا الإيجار الإنفاقية بظائع عمل يتجاوز حدود مجرد عقد إدارة». ويمكن أن نستنتج من هذا الحكم القبول الضمني أن عقداً لاثني عشرة سنة ليس عقد تصرف. إلا أن محكمة النقض اكتفت، في الحقيقة، بإعلان أن مدة الإيجار ووصفه بعمل إدارة أو تصرف هما بدون تأثير في حل النزاع الذي يتوقف على الغلط المشترك.

وإذا رجعنا إلى الاجتهاد الأحدث لمحكمة النقض يتبين أن ثمة عدة أحكام تهتم بالتحقق صراحة من أن الإيجار المعني كان لتسع سنوات لكي تؤكد أن الأمر كان يتعلق بعمل إدارة.

وقد حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 6 شباط 1961⁽²⁾ بأنه كان يمكن أن يكون عمل إدارة كهذا مكوناً من إيجار ريفي لمدة سوية محددة في المادة 811 من القانون الريفي، محتجاً به تجاه الأشخاص الثلاثين». كما أن الغرفة الاجتماعية طرحت في 16 أيار 1961⁽³⁾ من حيث المبدأ «أن العقد الريفي لمدة لا يتجاوز تسع سنوات هو عمل إدارة». وحكمت الغرفة المدنية الأولى في 8 تشرين الثاني 1961⁽⁴⁾، بعد أن رجعت إلى الأمر الاشتراعي بتاريخ 18 نيسان 1945، «أن إدارة الأملاك، المسماة حراسة قضائية في هذا النص، تملك، مع سلطات مندوب الحياة المؤقتة لأموال الغائب، حق عقد إيجارات لا يتجاوز تسع سنوات...». كما حكمت الغرفة المدنية الثالثة في 15 شباط 1983⁽⁵⁾ بأن «الحكم الذي أخذ بأن السيدة Bonneval التي تلقت من ولدها Jean، مالك رتبة الملك، المزدود بمستشار قضائي وفقاً للمادتين 499 و 513 من القانون المدني في صيتهما السابقة لقانون 3 كانون الثاني 1968، وكالة إدارة أمواله، أبرمت إيجاراً ريفياً لا يتجاوز التسع سنوات، وأن محكمة الاستئناف تكمن من الاستنتاج أن إبرام عقد كهذا في كانون الثاني 1967 لا يتجاوز سلطاتها في الإدارة»⁽⁶⁾. كما حكمت الغرفة ذاتها في 25 تشرين الأول

(1) الطعن رقم 2286 مدني، الحكم رقم 658.

(2) النشرة المدنية، 1، رقم 82، صفحة 87.

(3) الطعن رقم 59 - 10868، الحكم رقم 828.

(4) الطعن رقم 5831، الحكم رقم 634.

(5) الطعن رقم 81 - 13703، الحكم رقم 245.

(6) من المعروف أن الصيغة تمكنت من أن تقرر أن «لا تعني أن الأمر يتعلق بمسألة واقعية لا تمارس عليها»

1983⁽¹⁾ «بأن العقد المتنازع فيه، مع أن الإيجار التجاري المعمود لمدة تسع سنوات لا يشكل عمل تصرف في ذاته، كان غير قابل للاحتجاج به لأنه مشوب بالغش».

في هذه الأحكام جميعاً يمكن الاعتبار أن إيجاراً لمدة تفوق التسع سنوات كان يمكن استدلالاً بالفسد، وصفه بعمل تصرف. على أن التعليل عن طريق الاستدلال بالغش ينبغي أن يستخدم مع التحفظ. بيد أن إقامة وزن صريح لهذه المدة يبدو أنه يبين الحد الزمني الذي انطلاقاً منه تستمر محكمة النقض، وفقاً للحل التقليدي، في التفريق بين عمل التصرف وعمل الإدارة.

وقد جرى تأكيد هذا التغير في أحكام أخرى لمحكمة النقض تحدد في الوقت عينه مدى هذا المعيار الزمني.

وفي أسباب تسوية حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 29 آذار 1966⁽²⁾، يؤكد الحكم المطعون فيه والصادر عن محكمة استئناف رين في 26 شباط 1962 أن الإيجار المتنازع فيه كان يشكل «مجرد عمل إدارة بسبب مدته التي لم تكن تتجاوز التسع سنوات». إن مدة التسع سنوات هنا هي التي جرى اعتمادها صراحة كمعيار. وقد ردت محكمة النقض الطعن المقدم ضد هذا الحكم وإنما بدون تفحص مدة الإيجار بشكل خاص، فالسألة اثنى طرحت عليها تناولت الطابع التجاري لهذه الإيجار.

إن حكماً قديماً نسبياً للغرفة الاجتماعية في محكمة النقض في 20 حزيران 1952⁽³⁾ أكثر صراحة. فقد نقض حكماً أعلن أن إيجاراً لثلاثي عشرة سنة يحتاج به في وجه البائع الذي أصبح حائز ملك بعد حل البيع. وقد علل قضاة الاستئناف حكمهم بالتأكيد أن «الإيجار هو عمل إدارة بدون أن تكون ثمة حاجة إلى التفريق بين الإيجار لأكثر من تسع سنوات والإيجار لأقل من تسع سنوات». وقد حكمت الغرف الاجتماعية بأن «الحكم المطعون فيه، بتقريره على هذا النحو، بدون الاستناد إلى أي ظرف خاص في القضية، انتهك المادتين 1184 من القانون المدني و 21 من نظام أجرة الأرض الزراعية الذي يحدد بتسع سنوات المدة السوية للإيجارات».

وهذا الحكم لا يستدعي كون كل إيجار لمدة تفوق تسع سنوات هو بالضرورة عمل تصرف. غير أنه يطرح حسب الأصول أن إيجاراً كهذا هو عقد تصرف باستثناء ظرف خاص بالقضية.

⁽¹⁾ محكمة النقض رافقتها، وإنما بمسألة قانونية جرى تلخيصها بهذه الصفة وحلها موافق عليه. المدخل العام، رقم 469، والمؤلفين المسجلين بهم، التعليل 50 على وجه الخصوص. انظر: VOULET، *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*، مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، I، رقم 13 ورقم 114 *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*، مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، I، 2881، b. III.

(1) النشرة المدنية، III، رقم 196، صفحة 180.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 177، صفحة 152.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 542، صفحة 391.

وتأثير مدة الإيجار في وصف عقد تصرف وإدارة هو بالتالي، على ما يبدو، مطلق بصورة أقل مما يمكن أن تحمل على التفكير فراءة سريعة للأحكام. يبقى أن إيجاراً لمدة تفوق التسع سنوات له، من حيث المبدأ، حظوظ كبيرة لكي يوصف بعقد تصرف. غير أن التحليل يتعقد بوجود ميل قوي إلى إقامة وزن مقدار المدة الأولية للإيجار، وربما، أكثر من ذلك، لنظام الحماية الذي يمنحه المشرع لعدة فئات من المستأجرين ولا سيما حق تجديد إيجارهم الذي يزيد إلى حد كبير مدة هذا الإيجار.

147 - تطور القانون الوضعي تجاه الإيجارات الخاضعة لنظام معدي لإعطاء المستأجرين حقوقاً هامة بصورة خاصة.

«التحليل التقليدي للإيجار الأقل من تسع سنوات، وهو عقد إدارة، مبني على وصف غير منازع فيه لحقوق الفريقتين المعنيين: كان المالك المؤجر حائز حق عيني، والمستأجر حائز حق دين؛ ويشترط عدم الربط بالمستقبل بشكل خطير جداً (ومن هنا التقييد بتسع سنوات) بإمكان وكيل شخص شتت بالأهلية، ومدير أموال عديم الأهلية أن يعطيا حق دينه للمستأجر أيّاً كان.

ولم يعد هذا التحليل صحيحاً اليوم. ويجب الاعتراف، بدون الذهاب إلى إعلان أن المتأجر أصبح مزوداً بحق عيني حقيقي، بأن امتيازات هامة جداً، وهي «حقوق حقيقية على المال المؤجر»، انقصت كثيراً حقوق المؤجر. ويمكن، سواء تعلق الأمر بحقوق المزارع بمقتضى نظام أجره الأرض الزراعية، أو بحقوق المستأجر التاجر المزود بالملكية التجارية، أو كذلك بحق البقاء في الأماكن المعطى للمستأجر في المنازل القديمة للمسن بمقتضى قانون أول أيلول 1948، تكرار الملاحظة عينها. وينجم عن هذا التحول لحق المتأجر انخفاض حقيقي لقيمة الشيء المؤجر وتغيير لوصف الإيجار»⁽¹⁾.

ولاحظ السيد de Juglart⁽²⁾، متسائلاً حول نقطة معرفة ما إذا «كان إبرام إيجار يشكل دائماً عمل إدارة، إن «مجل هذه الاعتبارات... أدت بالمشرع إلى أن يعدل بعمق في هذا الصدد قواعد القانون المدني. وهكذا لم يعد في وسع الوصي والمدير القانوني، منذ قانون 14 كانون الأول 1964، أن يبرما وحدهما إيجاراً سورياً على ذمة القاصر المالية؛ فالمادة 456 الجديدة من القانون المدني تحده بالفعل أن الإيجارات المعقودة على هذا النحو من قبل الوصي أو المدير القانوني لا تعطي ضد القاصر الذي أصبح راشداً أي حق في التجديد أو أي حق في البقاء في الأماكن عند انقضاء مدة الإيجار، رغمًا عن الأحكام القانونية المعاكسة جميعاً. أما قانون 13 تموز 1965 (المادتان 595 و 1424 من القانون

(1) فهرس القانون المدني^{٧٧}، العمل، المشار إليه سابقاً، رقم 217 ورقم 218. انظر أيضاً: J. VIATTE, Le bail.

(2) acte de disposition، مجلة بدلات الإيجار، 1970، صفحة 125 وما يليها.

(2) H.L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil، الجزء III، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، 1980، رقم 1072.

المدني) فقد استوحى هو أيضاً هذه النزعة بأن حظّر على الزوج مدير الأموال الشائعة بين الزوجين أو على المنتفع عقد إيجار ريفي أو تجاري أو حرفي بدون اشتراك الزوجة أو مالك رقة الملك. وبذلك جرى الأخذ في الحسبان استيلاء المؤجر على المال المؤجر. وعقد الإيجار لم يعد، كما في الماضي، إنجاز مجرد عمل إدارة. ويمكن إجراء مقارنة بين أحكام قانون 14 كانون الأول 1964 والأحكام المتعلقة بالراشدين عديمي الأهلية كما تم إدراجها في قانون 3 كانون الثاني 1968: تحفيز إعطاء إيجار إلا بصيغة مؤقتة، وموجب مراجعة القاضي عندما يكون من الضروري التصرف بحقوق تتعلق بالسكن، وحماية ممنوحة بصورة عامة لسكن الأشخاص الراشدين الموضوعين تحت نظام حماية القضاء أو القوامة أو الوصاية. وعزز قانون إلى كانون الأول 1976 حول الشروع هذه النزعة إلى استبعاد إبرام إيجار من فئة أعمال الإدارة.

واستنتج السيدان Aynès و Malaurie⁽¹⁾ «من نمو الأنظمة الخاصة تراكم تفريق جديد بين الإيجارات الريفية والتجارية على «الانفاسخ التقليدي» - بمنح حق في التجديد - والإيجارات الأخرى. فالإيجارات الأولى أعمال إدارة خطيرة تسوّق تدابير حماية خاصة».

أما وصف عمل الإدارة أو التصرف المطبق على هذه الإيجارات الخاصة فإن الاجتهاد متباين في شأنه. ومن المناسب التفريق بين الإيجارات التجارية والإيجارات الريفية والإيجارات الأخرى.

148 - الإيجارات التجارية.

عندما يبرم الإيجار التجاري على عقار حر للإشغال ويؤكد هكذا الحق المسمى «حق الملكية التجارية» يقبل الاجتهاد أن الأمر يتعلق بعمل تصرف.

وقد نقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 23 كانون الثاني 1961⁽²⁾، لنقص في الأساس القانوني حكماً أخذ بطابع عمل الإدارة لإيجار بدون البحث «عما إذا لم تكن للطبيعة التجارية للإيجار المبرم... مع النزاع عن ثمن العتبة (خلو الرجل) ويتناول عقاراً كان حراً للإيجار، إمكانية التأثير في نقطة معرفة ما إذا كان هذا الإيجار عمل تصرف أو مجرد عمل إدارة».

وبينت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 16 كانون الثاني 1971⁽³⁾، أن الإيجار التجاري المعقود يعوي منافع خاصة وتسديد «ثمن العتبة الحقيقي»، ويتناول أماكن «حرة للإشغال» لكي تستجيب «أن الأمر يتعلق هنا بعمل تصرف» لا يمكن الاحتجاج به في وجه المالك الذي استعاد ماله بعد حل البيع.

(1) Les contrats spéciaux، الاستشهاد السابق، رقم 835.

(2) النشرة المدنية، II، رقم 48، صفحة 40.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 41، صفحة 128 Dalloz، 1971، الصفحة 152 من الموجز؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، IV، 5104. انظر: حكم محكمة زين، 25 آذار 1969، المضمون فيه، مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، II، 16186، تطلق FONTALIRAND، JMBELIN et PONCIN.

وفي 14 أيار 1974⁽¹⁾ نفّضت الغرفة ذاتها، لفصل في الأساس القانوني، حكماً لم يحث على وجه الخصوص «عما إذا كانت طبيعة الإيجار التجارية الذي عقده Gravelat على عقار لم يكن مشغولاً ولم يتم فيه استثمار أي تجارة، تجعل من الإيجار المنازع فيه عمل تصرف».

ومنذ وقت أقرب أكدت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بوضوح أن إبرام إيجار تجاري كان عمل تصرف⁽²⁾. على أنه يبدو أنه يتج من ظروف القضية أن الأمر يتعلق بإيجار يتناول مكاناً حراً للإشغال.

وبالمقابل عندما لا يوجد مثل هذه الظروف الخاصة تقبل محكمة النقض وصف عمل الإدارة حتى تجاه الإيجار التجاري.

فقد حكمت الغرفة التجارية في 29 آذار 1966⁽³⁾ «بأن محكمة الاستئناف التي لم تكن ملزمة بالنظر إلا في نقطة معرفة ما إذا كان الإيجار المنازع فيه تشكل عمل تصرف أو مجرد عمل إدارة، بعد أن تحققت من أن البيع... كان يتناول منزلاً للاستعمال التجاري»، تمكنت من التقرير أن الإيجار التجاري المعني المتعلق بمكان سبق تخصيصه لاستعمال تجاري كان يشكل في القضية الرأية عمل إدارة». وأكدت الغرفة المدنية الثالثة، في 25 تشرين الأول 1983⁽⁴⁾ بوضوح أن «الإيجار التجاري المبرم لمدة تسع سنوات لا يشكل في ذاته عمل تصرف». وقضى حكم لمحكمة استئناف Aix-en-Provence، في 22 آذار 1983⁽⁵⁾، بأن إيجاراً تجارياً عقده مكتسب ملكية نزعته يده يشكل عمل إدارة ويمكن بالتالي الاحتجاج به في وجه المالك الجديد طالما أنه يتناول مكاناً سبق أن خصص لاستعمال تجاري.

ينجم عن هذا التحليل للاجتهاد أن إبرام إيجار تجاري لا يشكل في ذاته عمل تصرف، رغمًا عن الحقوق الخاصة المعترف بها لحائز الملكية التجارية، وهو نوع خاص عمل إدارة عندما يتناول مكاناً سبق تخصيصه لاستعمال تجاري؛ وأن الأمر يتعلق بالمقابل بعمل تصرف عندما يتناول مكاناً حراً للإشغال مع ثمن العتبة الحقيقي. ومجرد تجديد إيجار تجاري لا يمكن بالأولى أن يكون عمل تصرف. وما هو جوهره، على صعيد أرحب، نقطة معرفة ما إذا كان إبرام الإيجار المعني هو الذي أثقل المال الموزع بالحقوق الهامة التي يعترف بها القانون لصالح المستفيدين من الملكية التجارية ومدته هي عنصر جوهره.

(1) النشرة المدنية، III، رقم 194، صفحة 46، مجلة قصر العدل، 17 كانون الأول 1974، تعليل
PLANCQUEL 1975 Defrénois، البند 30891، صفحة 458، ملاحظة S. LAUBERT IS. المجلة
التفصيلية للقانون المدني، 1975، صفحة 132، ملاحظة CORNU.

(2) 17 أيار 1993، النشرة المدنية، I، رقم 172، صفحة 118.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 177، صفحة 152، مجلة Loy، 1967، صفحة 15.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 196، صفحة 150، قانون الممارسة القضائية، 1984، صفحة 479، ملاحظة
P. GALAND.

(5) شركة البصرات المحدودة المسؤولة P.Y ضد شركة Azurim المحدودة المسؤولة، الغرفة الرابعة،
Jurisdata، رقم 044387.

149 - الإيجارات الريفية.

أخذ بعض قرارات قضاء الأساس بأن إيجارة الأرض الزراعية، حتى لمدة تسع سنوات، تشمل، بسبب السلطات المعطاة للمستأجر، عمل تصرف⁽¹⁾.

إلا أن محكمة النقض تطرح بصورة ثابتة مبدأ أن «الإيجارة الريفية لمدة لا تتجاوز تسع سنوات هي عمل إدارة»⁽²⁾. وحكمت، في 8 تشرين الثاني 1961⁽³⁾ «بأن إدارة الأملاك المسماة حراسة قضائية... تملك مع سلطات مندوب حيازة أموال الغالب حق إبرام إيجارات لا تتجاوز تسع سنوات، رغمًا عن الامتيازات التي يمنحها للمستأجر نظام المزارعة».

150 - الإيجارات الأخرى.

حكمت محكمة استئناف Aix-en-Provence، في 28 آذار 1979⁽⁴⁾ بأن تجديد إيجار سكن لمدة تسع سنوات بشكل عمل تصرف لا يدخل في السلطات الناتجة عن وكالة عامة لإدارة العقارات.

غير أن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض ردت في 21 كانون الثاني 1976⁽⁵⁾ طعنًا يأخذ على الحكم المطلوب فيه «أنه أعلن الإيجار بيدل الذي وافق عليه المدير الموقت صحيحًا، في حين أن الإيجار المنازع فيه الذي يمنح بمقتضاه المستأجر، حسب وسيلة الدعم، الحق في البقاء في المكان، ينتقص من حق المالكين ولم يكن مجرد عمل إدارة». وقد حكمت محكمة النقض بأن «محكمة الاستئناف، بعد أن بينت أن هذا المدير «كان قد زوّد بسلطات الإدارة الأكثر اتساعًا، أخذت بصراخ بأن إبرام إيجار ثلاث سنوات أو ست

(1) انظر بهذا المعنى حكم محكمة استئناف Aix-en-Provence في 9 كانون الثاني 1980، Hérison ضد Fournier، مجلة Loy، 1980، صفحة 478، تعليق VIATTE، Dalloz، 1981، صفحة 32 من التقرير، جريدة الكتاب العدل، 25 كانون الأول 1980، صفحة 5 - محكمة تولوز، 4 كانون الثاني 1973، Dalloz، 1973، صفحة 21 من الموجز، التعليق 15 جريدة الكتاب العدل، 1974، صفحة 101، تعليق POULAIN، مجلة قصر العدل، 28 نيسان 1974 - المحكمة البدائية في لا فال، 19 تشرين الأول 1976، 1976، مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18630، مجلة Loy، 1977، صفحة 463، Dalloz، 1977، صفحة 88.

(2) الغرفة الاجتماعية في 16 أيار 1961، الطعن رقم 59 - 868، 10، الحكم رقم 829. انظر بالمعنى عينه الغرفة المدنية الأولى، 6 شباط 1961، النشرة المدنية، I، رقم 82، صفحة 67 - الغرفة المدنية الثالثة، 15 شباط 1983، الطعن رقم 81 - 13 - 703، الحكم رقم 245 - محكمة بونج، 25 آذار 1977، مجلة قصر العدل، 17 كانون الأول 1978، صفحة 11. أخف إلى ذلك ضمت الغرفة الاجتماعية، 20 حزيران 1952، النشرة المدنية، III، صفحة 391.

(3) الطعن رقم 5631، الحكم رقم 834.

(4) نشرة محكمة Aix-en-Provence، 1872 - 2، صفحة 88. انظر محكمة باريس الغرفة 16، 16 كانون الأول 1977، Giraut ضد شركات REB، التي تماثل الاتفاقيات الإيجارية بأعمال التصرف.

(5) النشرة المدنية، III، رقم 27، صفحة 19، يومية الاجتهاد، 1976، رقم 132، صفحة 4.

أو تمنع، مع بدل لإيجار محسوب على أساس المساحة المصححة، يشكل عملاً يدخل في السلطات السوية لوكيل قضائي».

وهكذا يكون الإيجار السكني، كالإيجار الريفي، حتى ولو كان يمنح المستأجر حق البقاء في الأماكن، عقد إدارة.

151 - ترجع إقامة الوزن لمدة تنفيذ العقد البحث عن التوازن بين العادل والنافع.

إن ما يهم هو مدة تنفيذ العقد وعندما يهتم القانون الوضعي بذلك فإنما بهدف إرضاء بعض الحاجات وفقاً للقانون الموضوعي. ولكي لا نقدم سوى مثال واحد، نتطرق إلى تنظيم مدة بعض الإيجارات؛ ألا يتجاوب مع منفعة اجتماعية معينة؟ أو ليس لبعض القرائن على المدة قصدية مماثلة مصبوغة بالعدالة؟.

لقد لوحظ أن «تصنيف القواعد التي تسوس مدة العقود المتتالية يتيح التحقق من وجود هذه التحديدات الزمنية الموضوعية في القانون الوضعي (العتبات العامة للمدة). ويمكن بالتأكد أن نجد فيها معالم «مدة عادلة» تضع، إذ لم تتم مراعاتها، أحد الفريقين تحت سيطرة شريكه في التعاقد، ومعالم «مدة نافعة» يفقد العقد بدونها تماسكه: إن اتفاقية تقضي مدتها على أي مردود اقتصادي لن تكون قابلة لأن تشارك في المصلحة العامة»⁽¹⁾.

وتنظيم إمكانية التحقيق الأحادي الجانب في العقود لمدة غير محددة ليس مرتبطاً بفكرة العدالة هذه ذاتها؟.

لقد لاحظت الأنة Petel أنه «ما أن تلغى الإرادتان حتى يكون من الواجب على كل فريق أن لا يكون بإمكانه أن يكون من جانب واحد وكيفية محتوى العقد، وبالتالي تعديل توازنه الداخلي الذي أقامه المتعاقدان باتفاق مشترك...»⁽²⁾. وإذا كانت إمكانية التحقيق الأحادية الجانب خاضعة لبعض شروط العمل بها فذلك لتأمين فعالية مبدأ العدالة التبادلية.

وبالطريقة عينها طرحت مسألة معرفة ما إذا كان التوازن الأولي بين التقديرات ينبغي عدم إقامته عندما تعدل بعق ظروف غير متوقعة. إن مسألة إعادة النظر في العقد هذه مرتبطة بمسألة الثمن العادل الذي ليس سوى مظهر أساسي للعدالة العقدية. يضاف إلى ذلك أن المنفعة الاجتماعية يمكن أن تأمر بإعادة النظر في العقد الذي يقود تنفيذه، عقب ظروف غير متوقعة، أحد الفريقين إلى الخراب.

والبحث عن توازن بين العادل والنافع ينبغي أخيراً أن يوصي بنظام مرتبط باختيار المدة ويوصف العقود تبعاً لمدها، وأخيراً بنظام إعادة النظر لعدم التوقع.

(1) B.CHEMAMA, La distinction des contrats à durée déterminée et indéterminée رسالة جماعية لدبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص في جامعة باريس I، تأليف C.LEVRIER M.ROCHE، J.Z.TARGA et B.CHEMAMA، إدارة J.GHESTIN، 1987، صفحة 13 و صفحة 14.

(2) I.PETEL, Les durées d'efficacité du contrat، أحرره في مونيبييه I، 1984، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 336، صفحة 363.

الفصل الأول

اختيار المدة

152 - مدة تنفيذ العقد مسجلة بين نقطة انطلاق ونقطة قدوم.

القسم الأول

اختيار نقطة الانطلاق

153 - مبدأ وجود الموجبات الأصلية واستحقاقها الفوري.

لاحظ أحد المؤلفين أن مبدأ الفعلية الفورية للاتفاقية يستثني قوته من قاعدتين تكميليتين: مفعول العقد وحده والاستحقاق الفوري للموجب⁽¹⁾. ومفعول العقد وحده - وهو تعبير يفضلهُ المؤلف بصواب على تعبير مفعول التوافق وحده لأنه «يُذكر بفكرة تمامية العقد» - يعني أن الموجب، أيًا كانت طبيعته، موجود منذ أن اجتمعت جميع الأركان المطلوبة قانوناً لتكوينه؛ فإنشاء الموجب هو فوري إذن؛ واستحقاقه هو أيضاً فوري⁽²⁾. إن إرادة الفريقين المفترضة هي التي تسوّج هذه القاعدة الأخيرة التي ستكون عامة. وهكذا لا يفلت أي عقد من سطوتها، بما في ذلك العقود التي تتضمن موجب رد كالإيداع⁽³⁾ والقرض⁽⁴⁾.

ويبدو أن محكمة النقض نادراً ما رجعت بمسائل تتعلق بهذه العقود المرتبطة بنقطة

(1) 1. PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 22 وما يليه، صفحة 23 وما يليها.

(2) انظر بهذا المعنى H.L.F. MAZBAUD، الموجبات، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات Montchrestien، 1991، تأليف Fr. CHABAS، رقم 908، صفحة 1011.

(3) معنى عكس ذلك: BAUDRY - LA CANTINIERIE et WAHL، Traité théorique et pratique de droit: civil، De la société, du prêt, du dépôt، الطبعة الثالثة، 1907، رقم 1157، صفحة 620.

(4) 1. PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 27، صفحة 29.

انطلاق موجب الرد. فقد حكمت فقط بأنه عندما تكون مهلة عارية استعمال محددة «يلزم المستعير برد موضوع العارية لدى انتهاء هذه المدة بدون أن يكون المقرض مجبراً على إنذاره»⁽¹⁾. ويقدر تأويل النص مع ذلك إلى استخلاص الاستحقاق الفوري. ويأخذ البيع من بين العقود الناقلة للملكية مكاناً معتازاً. ويكون تاماً، استناداً إلى المادة 1583 من القانون المدني، منذ التقاء الإرادتين. والاستحقاق الفوري في قرض الاستهلاك (عارية الاستعمال) ينتج بالاستدلال بالحد من المادة 1900 من القانون المدني التي بمقتضاها «بإمكان القاضي، إذا لم يحدد أجل للرد، أن يمنح المقرض مهلة حسب الظروف». وتنص المادة 1944 من القانون المدني المتعلقة بالإيداع (الإرادي على ما يلي: «ينبغي رد الإيداع للمودع عنه طلبه حتى ولو حدد العقد مهلة محددة للرد...»). ويحوي القانون في ما يختص بعارية الاستعمال نصاً ضمنياً: «لا يستطيع المقرض سحب الشيء إلا بعد أجل متفق عليه أو، في حال عدم وجود اتفاقية، إلا بعد أن يكون الشيء قد أدى الخدمة التي تمت من أجلها الإعارة»، ما عدا إمكانية المقرض في الحصول قضائياً على الرد في حالة حاجة ملحة وغير متوقعة للشيء (المادة 1889 من القانون المدني)⁽²⁾. والقانون هنا هو الذي يحدد نقطة انطلاق موجب الرد الذي ليس، استثناء للمبدأ، ملازماً لتبامية العقد.

ومن المعلوم في النهاية تقدير أن المبدأ هو مبدأ وجود العقد واستحقاقه، في حال عدم وجود إرادة مخالفة عبر عنها الفريقان صراحة أو ضمناً، أو وجود أحكام قانونية، مما يترجم بالتالي بتبني نقطة انطلاق مسبقة أو نقطة انطلاق مؤجلة.

الفقرة 1 - نقطة الانطلاق للمسبقة

154 - الرجعية الاتفاقية.

يعني النص على أن عملاً قانونياً ينتج مفاعيله في تاريخ سابق لتكوينه أن ذلك تطبيق خاص لنظرية الرجعية⁽³⁾، وهذا ما يسمى الرجعية الاتفاقية⁽⁴⁾، أي الرجعية التي يعطيها الفريقان لوضع قانوني يقتضي طبيعياً أن لا ينتج مفاعيل سابقة لإنشائه⁽⁵⁾.

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 461، صفحة 335.

(2) انظر بالنسبة إلى التطبيق حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1993، النشرة المدنية I، رقم 62، صفحة 41: المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994، صفحة 126، ملاحظة F.Y. GAUTIER.

(3) انظر: J. DEPREZ، La rétroactivité dans les actes juridiques، طبع على الآلة الكاتبة، 1953 - CHEVALLIER، De l'effet déclaratif des conventions et des contrats - أطروحة في ريسن، 1932.

(4) انظر: M. GEGOUT، Essai sur la rétroactivité conventionnelle، المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1931، صفحة 283.

(5) M. GEGOUT، المذكور آنفاً، صفحة 285. أن تعبير «رجعية اتفاقية» لا يعطي الحقيقة حينها بالنسبة إلى مؤلف آخر. ففي هوف السيد JAMBU-MERLIN «يجب أن نفهم من هذا التعبير الظروف المتنوعة جداً»

وينتج بعض الأعمال القانونية أو حصول بعض الوقائع قانوناً مفعولاً رجعياً. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الشرط⁽¹⁾ أو التأكيد⁽²⁾. والمفعول الإعلاني للقسمة (المادة 889 من القانون المدني) والمصالحة (المادة 2052 من القانون المدني) يستدعي بالضرورة قبول الرجعية. وينظم القانون فعالية المفعول الرجعي. ولرجعية العقد، كما لاحظ Demogue في المعاضي حد موضوعي بخلاف رجعية القوانين، ذلك بأن المشتري حر دائماً في تحديد فترة الرجعية⁽³⁾. والمسألة التي يقتضي حلها هنا هي معرفة ما إذا كان بإمكان المتعاقدين أن يتفقا بشكل مقيد على أن عقدهما، المجرد اعتيادياً من المفعول الرجعي، يسري مفعوله قبل التاريخ الطبيعي للتفديد.

I - صحة مبدأ للرجعية الاتفاقية

155 - الحرية العقدية.

تسوّغ صحة الرجعية الاتفاقية بمبدأ الحرية العقدية. فالاشتراط شرعي إذا ما دام لم يصطدم بالانتظام العام. وهكذا لا يمكن أن يسمح باشتراط رجعية اتفاقية للفريقين بأن يضع نفسيهما تحت إمرة قانون التي من أجل إضفاء الصحة على عمل لا يتجاوب مع الشروط التي وضعها القانون الساري المفعول في يوم إبرام الاتفاق، إذ يكون هناك تحايل على القانون. وينبغي أن يكون العقد الرجعي متميزاً عن العقد ذي التاريخ المسبق الذي يترجم في الغالب إرادة غش⁽⁴⁾. ويستخدم التاريخ المسبق مثلاً لتفنيع عدم أهلية حدثت لاحقاً للتاريخ الظاهري وإنما الوهمي⁽⁵⁾.

156 - الحالة الخاصة للرجعية الاتفاقية في قانون التأمينات: المجازفة المفترضة.

المجازفة المفترضة هي التي سبق أن تحققنا ولكنها كانت مجهولة من الفريقين عندما تعاقدا. ويشترط الفريقان عملياً أن يغطي التأمين فترة سابقة لإبرام العقد يمكن خلالها أن لا يكون ثمة أي غرر. على سبيل المثال تلف حمولة سفينة بحرية خلال السفرة قبل أن توقيع وثيقة التأمين.

* التي قرر فيها فريقاً العقد إمّا "إزالة عيب كان يشوب العقد السابق، وإمّا، على العكس، مناعيل عقد كان صحيحاً تماماً، لا أن يفهم منه الرجعية الناجمة عن الموجبات الشرطية". أن التعريف المقترح ضيق جداً. وهو يستبعد الموجبات الشرطية بصواب، بيد أنه، بالمقابل، يحدد عن غطاء بحال الرجعية الاتفاقية بالصمل التاكديدي وبالرضا المتبادل. وهذا ما سيكشفه فضعن المادة.

(1) بنقضى المادة 1179 من القانون المدني «الشرط الموضوع منقول رجعي في اليوم الذي تم فيه التعهد. وإذا توفي الدائن تنتقل حقوقه إلى ورثته».

(2) انظر: فلاشي العقد.

(3) Valeur et base de la notion de rétroactivité, Mélanges DEL VECCHIO, 1930, صفحة 165.

(4) LIPETEL, الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 47 ورقم 48.

(5) انظر: في شأن القوة الثبوتية للتاريخ، المدخل العام، رقم 635 ورقم 636.

وصحة شرط الرجعية مشروعة في مجال التأمينات البحرية ضمن بعض الشروط. فالمادة 172 - 4 L من قانون التأمينات (المادة 365 من القانون التجاري) تنص على ما يلي: «أي تأمين يجري بعد الحادث أو وصول أشياء مؤمنة أو وصول سفينة الناقل هو باطل إذا كان الخبر معروفاً، قبل إبرام العقد، في المكان الذي تم توقيع العقد فيه أو في المكان الذي يوجد فيه المؤمن أو المؤمن»⁽¹⁾.

إن أكثرية المؤلفين - بالمقابل، وفي قانون التأمينات البرية، ترى أن المجازفة المفترضة ليست قابلة للتأمين⁽²⁾. وهؤلاء المؤلفون يستندون إلى المادة 121 - 15 L من قانون التأمينات (المادة 39 من قانون 13 تموز 1930).

وقد جرت محاربة هذا التحليل. فالمادة المذكورة أيضاً، الفقرة الأولى، تنص على ما يلي: «التأمين باطل إذا كان الشيء المؤمن في أونة العقد قد سبق أن تلف. ولم يعد من الممكن أن يتعرض للمخاطر». وقد جرى بيان أن هذا النص لم يرد فيه «في أونة إبرام العقد»، مما يمكن من «الأخذ بأنه يجب أن يفهم من أونة العقد الأونة التي جرى الاتفاق فيها على أن التأمين يبدأ بالسريان في إنتاج مفاعيله»⁽³⁾. والمجازفة المفترضة في هذه الرؤية، يجب أن تكون قابلة للتأمين في قانون التأمينات البرية.

يضاف إلى ذلك أن الاجتهاد الأحداث لمحكمة النقض يقلل تأمين المجازفة المفترضة.

وكان يمكن لحكم صدر في 25 نيسان 1984 في صدد تطبيق شرط سمي «شرط الرجوع إلى الماضي» أن يسوي هذه المسألة. وبين تحليله مع ذلك أنه لا يمكن الاستناد إليه. كانت إحدى الشركات قد سلمت في عامي 1970 - 1971 كميات من القرميد لإحدى المقاولات. ثم ظهر خلل في إحكام سدّ السقف، فقاضى المقاول هذه الشركة وحصل على حكم بالتعويض لم يكن من الممكن تنفيذه. فقاضى مؤمن المقاول الذي عوّض عليه مؤمن المورد لتسديد هذا التعويض. وكان المورد قد وقع عقد التأمين في 3 تشرين الأول 1973 على أن يسري مفعوله في أول كانون الثاني 1973. وهكذا كان العقد يتضمن تحت اسم «شرط الرجوع إلى الماضي» اشتراطاً حقيقياً بالرجعية. وتمسك المدعى عليه بأن الشرط المنازع فيه يتعلق فقط بالتسليمات التي جرت اعتباراً من أول كانون الثاني 1973. وكانت الرجعية، في هذه الرؤية، محددة في الزمن. وقد ردت محكمة الاستئناف هذه البرهنة، وفي

(1) انظر: في ما عني هذه المسألة R. RODIERE, Droit maritime, الجزء IV, Assurances et ventes maritimes، موسوعة Dalloz 1983، رقم 105 وما يليه، صفحة 121 وما يليها.

(2) Les assurances maritimes، M. PICARD et A. BESSON، الجزء 3، عقد التأمين الطبعة الخامسة، تأليف PLANIOL et RIPERT، Traité pratique de droit civil، رقم 23، 1982، L.G.D.J.، A. BESSON، الجزء XI، الطبعة الثانية، تأليف ROUAULT، SAVATIER، LEPARQNEUR et BESSON، الطبعة الأولى، رقم 1253، وعلى عكس ذلك L.P.B.T.E.L، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 90 وما يليه، صفحة 91 وما يليها.

(3) M. GEGOUT، المذكور آنفاً، صفحة 300.

25 نيسان 1984⁽¹⁾ أيدت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض هذا الحكم مبينة أن قضاء الأساس أوردوا أن المورد «طلب أن يكون سريان وثيقة التأمين في أول كانون الثاني 1973 معبراً عن رغبته في أن لا يكون هناك أي انقطاع للضمان عن العقد المبرم مع شركة أخرى الذي هو نفسه أوقف أي مفعول في 31 كانون الأول 1972، وأنهم بينوا أيضاً أن العقد... كان يحوي شرط «الرجوع إلى الماضي» الذي لم يرافقه أي تحديد في الزمان، وهو نص يؤمن تنظيمه تغطية أي حادث تحصل بسبب أضرار مابقة لتاريخ أول كانون الثاني 1973 ما دام أن المطالبة المتعلقة بهذه الأضرار كانت لاحقة لهذا التاريخ».

بيد أنه لا يمكن أن يستنتج من هذا الحكم أن محكمة النقض أكدت صحة الشرط الذي كان تطبيقه متنازعاً فيه. وبالفعل لا يتناول النزاع صحة الشرط وإنما مداه. والحال أنه إذا كان بإمكان محكمة النقض أن تتطرق تلقائياً إلى وسيلة دعم قانونية صرف تتناول بصورة خاصة بطلان العقد، فإن نقطة معرفة ما إذا كان قضاء الأساس ملزمين بأن يثيروا تلقائياً بطلاناً كهذا هي غير أكيدة⁽²⁾. وعدم اليقين هذا يمتد بالأحرى إلى محكمة النقض.

على أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض قبلت، في حكمها الصادر في 27 شباط 1990، ضمناً وإنما بالتأكيد، صحة تأمين المجازفة المفترضة⁽³⁾. لقد أيدت محكمة النقض في هذه القضية قضاء الأساس في تطبيق شرط عقد التأمين الذي يمارس بمقتضاء الضمان بالنسبة إلى المطالبة الموجهة إلى المؤمن خلال فترة صلاحية العقد، أيأ كان تاريخ الواقعة المولدة، شرط أن لا يكون المؤمن قد أخذ علماً، بتاريخ سريان مفعول العقد، بالوقائع القابلة لأن تؤدي إلى المطالبة ضده. وأضافت محكمة النقض أن هذا الاشتراط «كان يشكل مجرد تطبيق المبدأ الذي بمقتضاه لا يمكن أن يتناول عقد التأمين»، بطبيعة الغرر، المخاطر التي سبق للمؤمن أن عرف بحصولها». وذلك يعني بالضرورة تأكيد أن المجازفة المفترضة قابلة للتأمين⁽⁴⁾.

وقد قبلت محكمة النقض كذلك الرجعية الاتفاقية لتطبيق المادة 112 - L. 2، الفقرة 2، من قانون التأمينات وبحوجبها: «يعتبر مقبولاً الاقتراح الذي يتم بكتاب مضمون ويقضي بتمديد العقد أو تعديله أو يجعل عقد معلق يأخذ المفعول، إذا لم يرفض المؤمن هذا الاقتراح خلال عشرة أيام من وصوله إليه»⁽⁵⁾.

والسكوت، من حيث المبدأ، وهو يعادل القبول هنا، ليس له مفعول إلا بإنقضاء المهلة

(1) النشرة المدنية، I، رقم 133، صفحة 112.

(2) انظر: تلاشي العقد.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 52، صفحة 38.

(4) انظر أيضاً حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، I، رقم 352، صفحة 231 الذي قبل صحة تأمين مخاطر سبق أن تحققت وإنما جهل المؤمن سببها عند توقيع وثيقة التأمين.

(5) انظر حول الدراسة الشاملة لهذا النص M. PICARD et A. BESSON، المرجع عنه، رقم 59 وما يليه.

القانونية. بيد أن بإمكان المؤن أن يطلب أن يكون سريان وثيقة التأمين المعدلة في يوم إصدار الإنجاب. إن المسألة تتعلق عملياً بغطية الحوادث التي يمكن أن تحصل بين الإصدار وقبول الإنجاب أو انقضاء مهلة الأيام العشرة. وعليه يمكن أن يحوي الاقتراح شرط رجعية تجاه التاريخ السري لفعول قبول المؤن وبالتالي العقد المعدل. وبأخذ الاجتهاد بشرعية هذا الاشتراط⁽¹⁾، إلا أنه كان موضع انتقاد. وإذا ما تم قبول مبدأ أن القانون يحظر تأمين المجازفة المفترضة فإن سكوت المؤن لا يمكن أن يعادل قبول ضمان حادث سبق أن حصل⁽²⁾. وهذه البرهنة لا تستقيم تجاه تطور الاجتهاد الذي يقبل تأمين المجازفة المفترضة.

يضاف إل ذلك أن الحل الذي اعتمدته محكمة النقض يمكن تسويغه بسهولة ذلك بأنه في يوم صدور إيجاب التعديل لم يحصل أي حادث موضوعياً. فليس ثمة أي مجازفة غش والمؤمن يضطلع فقط بمخاطر إضافية تحققها افتراضي. وصست المؤمن بعد تلقي الإيجاب وانقضاء مهلة العشرة أيام يؤديان إلى تكوين العقد في أونة صدور العرض ووفقاً لمضمونه. وهذا يسهم تكوين العقد المتقدم هكذا في الزمان. وبذلك يكون تحقق المجازفة لاحقاً لإبرام العقد.

ومع ذلك تطرح مسألة معرفة ما إذا كان الفريقان بإمكانهما الشذوذ عند إبرام العقد الأولي أو عقد جديد⁽³⁾ من قاعدة المادة 112 - 2، الفقرة 1، التي بمقتضاها: «اقتراح التأمين لا يلزم المؤمن ولا المؤمن؛ وثيقة التأمين وحدها، أو مذكرة التغطية، تثبت التزامهما المتبادل». ويبدو أن المسألة غير مطروحة في الممارسة، إذ يقبل المؤمنون تسليم مذكرات تغطية مؤقتة⁽⁴⁾.

II - فعالية شرط الرجعية

157 - الفعالية بين الفريقين.

نتج الرجعية الاتفاقية بين الفريقين مفعولها التام ما دام أنها لا تصطدم بقضية مادية أو قانونية. فاستحقاق ثمن البيع مثلاً لا يمكن إرجاعه إلى ما قبل تاريخ تكوين العقد. إن ذلك عقبة مادية. وبالمقابل لا يحظر أي نص قانوني أن تكون نقطة انطلاق إيجاب محددة في يوم توقيع الوعد بالإيجاب، فيرتدي تعويض التجديد عند ذلك وصف بدل إيجاب أو إبداع ضمان.

(1) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 أيار 1969، المجلة العامة للتأمين البري، 1969، صفحة 485 - الفقرة المدنية الأولى، 28 تشرين الأول 1958، المرجع عينه، صفحة 42، تعليق A.B. لم بيد المؤمن في هذه القضية رفضه في مهلة الأيام العشرة وأخذ على عاتقه مصالحي مؤمنة ضحية حادث سير في يوم صياغة اقتراحه بالذات.

(2) M. PICARD et A. BESSON، المرجع عينه، رقم 61، الفقرة قبل الأخيرة في نهايتها.

(3) ليس هناك تعديل للعقد إلا بشرط أن لا يكون ثمة انقلاب كلي لاقتصاد العقد. انظر حكم الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، 1، رقم 4، صفحة 3.

(4) M. PICARD et A. BESSON، المرجع عينه، رقم 49، صفحة 81.

158 - اللأتمالية نجاء الأشخاص الثالثين .

من المقبول في الفقه أن الرجعية الاتفاقية لا يمكن أن تنتج مفعولاً خارج حلقة المتعاقدين⁽¹⁾ . وقد أخذ Demogue هذا المثال : «يمكن أن يقول أحد الأشخاص الذي باع اليوم مزرعة إن مكتسب الملكية له حق الانتفاع منذ أول كانون الثاني الماضي لتأمين أجرة الأرض الزراعية الكاملة للسنة . بيد أن هذا الشرط لا يمنع صحة مدفوعات أجرة الأرض إلى البائع قبل البيع»⁽²⁾ . وبالطريقة عينها لا يمكن لاشتراط وضعه البائع والشاري بإرجاع نقل الملكية إلى تاريخ سابق للتعاقد أن يضر بالذاتن الذي سجل رهنه نظامياً .

وينبغي أن لا يغيب عن النظر أن الرجعية تخالف القول المأثور : السابق في التاريخ هو المفضل . إنها تشكل عامل اختلال في الأمن القانوني لا يتسامح به إلا بشرط أن يكون متصرفاً عليه قانوناً ومنظماً كما في مادة الشرط .

الفقرة 2 - نقطة الانطلاق المؤجلة

159 - منافع نقطة الانطلاق المؤجلة .

ترتبط نقطة الانطلاق المؤجلة لتنفيذ الموجب بالائتمان . وهكذا يطبق المرسومان الصادران في 20 أيار 1955 (المتعلق ببيع الائتمان أو النسبة) و 4 آب 1956⁽³⁾ على أي عقد يفيد فيه الشاري من أجل معلق (أو موقف) لدفع كامل الثمن أو قسم منه⁽⁴⁾ . والأجل المعلق هو أيضاً إرادية تستخدم للحصول على ضمان . وشرط الاحتفاظ بالملكية الذي يتبع للبائع تأخير نقل الملكية حتى قيام الشاري بدفع كامل الثمن يمكن أن يحتل كأجل معلق⁽⁵⁾ . وهكذا يتم استخدام الأجل المعلق بشكل متواتر . ويعد أن حددنا مفهوم الأجل المعلق سندرس نظام الموجب المقترن بأجل معلق وتعديل الأجل .

I - مفهوم الأجل المعلق (أو للموقف)

160 - أجل معلق للحق ، وأجل أو مهلة إضافية وتأجيل لوفاء الدين .

من المتواتر استعمال تعبير «أجل قانوني» للدلالة على أجل مصدره اتفاقي أو قانوني -

(1) I. PETEL ، الأطروحة المذكورة سابقاً ، رقم 60 ، صفحة 62 .

(2) Valeur et base de la notion de rétroactivité ، المذكور آنفاً صفحة 168 .

(3) تسن هذه النصوص مبدأ حد كمية الائتمان ومدة ولم تعد سارية المفعول منذ قرار المجلس الوطني للائتمان بتاريخ 24 نيسان 1978 الذي ألغى حظر الائتمان الكامل . على أنها لم تلغ ويمكن اللجوء إلى تحديدات الائتمان في أي وقت .

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض ، 28 آذار 1973 ، النشرة المدنية ، IV ، رقم 144 ، صفحة 124 .

(5) انظر : Dalloz ، J. GHESTIN ، Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété ، 1981 ، المرض I ، صفحة I - J. GHESTIN et B. DESCHÈS ، La vente ، رقم 595 وما يليه .

يجري الكلام أحياناً في هذه الحالة الأخيرة على تأجيل وفاء الدين⁽¹⁾ - والاحتفاظ بتعبير «أجل أو مرحلة إضافية» للوضع الذي تمنح فيه مهلة للمدين قضائياً⁽²⁾. وفي الحقيقة يبدو أن نظام هذه الأجل المختلفة لا يتوقف على السلطة التي تمنحها. وهكذا عندما يحدد القاضي مهلة للمقترض لرد الشيء يحدد مهلة قانونية ولا يمنح المدين مهلة إضافية؛ وبإمكان المدين، عند استحقاق الأجل القانوني، أن يلتمس من القاضي مهلة وفقاً للمادة 1244 - 1 من القانون المدني. وبإمكان المشرع تحديد تعويضات تطال فئة أو عدة فئات من المدينين وإنما أيضاً حصر ممارسة حق في مهلة محددة، كممارسة إمكانية استرداد المبيع وفاء في البيع. وبإمكان الدائنين كذلك منع مدينهم مهلاً إضافية، ولا سيما في مناسبة صلح ردي⁽³⁾. عند ذلك يبين القانون أن المدين يستفيد خلال مدة تنفيذ الاتفاق بكاملها من وقف الملاحظات لدفع الديون المعنية⁽⁴⁾. ومن الملائم إذاً البحث عن طبيعة الأجل، حالة حالة، بدون الإنجرار إلى إساءة الاستعمال بمصطلح معناه خادع.

والأجل القانوني بالتالي الذي قلنا إنه الوحيد الذي يستحق تسميته «أجل»⁽⁵⁾ هو الذي يحدد استحقاق الموجب العقدي. فالإبطال الاتفاقي لعقد مثلاً يفسح في المجال أحياناً، لتسليم ما جرت العادة على تسميته «له» الذي يمثل ديناً يتموضع استحقاقه بعد التسليم. وبالفعل، حسب الفقرة التجارية في محكمة النقض «له هو دين معدّ لتسوية عملية سابقة؛ وهذا الدين غير مستحق، عدا وجود اتفاقية معاكسة، إلا عند هذه التسوية وليس في آونة له»⁽⁶⁾. والمهلة الإضافية مئة للمدين التمس الذي يفترض استحقاق الموجب. وتأجيل وفاء الدين مهلة إضافية جماعية، أي تتعلق بفئة من المدينين. ويمنح هذا التأجيل عموماً بسبب حصول ظروف استثنائية تجعل تحرر المدين صعباً (الحرب مثلاً). والتعارض بين الأجل القانوني والمهلة الإضافية أكثر تبايناً عندما يلاحظ أن الحظرة المعطاة للمدين موضوعها تعطيل لعبة الأجل العادي⁽⁷⁾. وقد كتب أحدهم أيضاً: «تأجيل وفاء الدين الشرعي (légal) لا يولد أجلاً قانونياً (de droit) وإنما هو انتهاك للأجل القانوني بتعليق المهل المتفق عليها»⁽⁸⁾.

إن الوصف القانوني الصحيح هام لأنه يشرط النظام القانوني. وعندما يتعلق الأمر

(1) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations, رقم 1104.

(2) PLANIOL et RIPERT, تأليف: P. ESMEIN, J. RADOUAN et G. GABOLDE, المذكورين سابقاً، رقم 998، صفحة 336.

(3) المادة 35 من القانون رقم 84 - 148 بتاريخ أول آذار 1984 المتعلقة بالتوقع والتسوية الودية لصحوبات المقاولات، والمادة 25 من القانون رقم 88 - 1202 بتاريخ 30 كانون الأول 1988 المتعلقة بتكفيث الاستثمار الزراعي مع بيئة الاقتصادية والاجتماعية.

(4) المادة 37 من قانون أول آذار 1984 والمادة 27 من قانون 30 كانون الأول 1988.

(5) D. VEAUX بالاشتراك مع A. HONORAT المذكورين آنفاً، رقم 21 وما يليه.

(6) 22 شباط 1999، النشرة المدنية، IV، رقم 170، صفحة 53.

(7) بهذا المعنى D. VEAUX بالاشتراك مع A. HONORAT المذكورين آنفاً، رقم 30.

(8) D. VEAUX بالاشتراك مع A. HONORAT المذكورين آنفاً، رقم 32.

بأجل قانوني لا تكون المادة 1244 من القانون المدني، وبمقتضاها لا يمكن أن تتجاوز المهلة المعطاة للمدين سنة واحدة (أصبحت سنتين بالمادة 1244-1 من القانون المدني) مطبقة⁽¹⁾. وإمكان المحكمة أيضاً تحديد أجل تسديد قرض بتاريخ سابق للنطق بحكمها وإنما لاحق للدعاء أمام القضاء⁽²⁾ باعتبار أن المادة 1900 هي المطبقة وليس المادة 1244. كما أن منح مهلة إضافية، حسب المادة 1292 من القانون المدني، لا يشكل عقبة أمام المقاصة القانونية⁽³⁾.

161 - التأكد من حصول الحدث.

«الأجل يختلف عن الشرط في أنه لا يعلق التمهد الذي يؤخر تنفيذه فقط» (المادة 1185 من القانون المدني). والأجل المعلق حدث مستقبلي وأكد يخضع له تنفيذ العقد؛ إنه يؤخر سريان مفعول الاتفاقية⁽⁴⁾. ولذلك لا ينتج استحقاق الأجل أي مفعول رجعي بخلاف الشرط.

والتأكد من حصول الحدث معيار يتيح تفريق الأجل عن الشرط. والتأكد ولو كان صحيحاً ينهي أن يحدد. والحدث المستقبلي يمكن أن يكون غير أكيد موضوعياً وذاتياً بالنسبة إلى حصوله. ولا يعتبر الاجتهاد أن وصف «الأجل» مستبعد بالضرورة ما دام لا يوجد أي يقين موضوعي بالنسبة إلى حصول الحدث. إنه يرجع إلى نية الفريقين المشتركة لتقرير درجة التأكد من الحدث وبالتالي لبث بالتزاع حول الوصف⁽⁵⁾.

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، I، رقم 362، صفحة 286.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، I، رقم 29، صفحة 26. 28 حزيران 1982، النشرة المدنية، I، رقم 246، صفحة 211.

(3) انظر: R. MENDEGRIS, La nature juridique de la compensation, L.G.D.J., 1969, مقدمة P. CATALA، رقم 58، صفحة 79 وصفحة 80. DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations en général، II، الطبعة الثانية، 1871، رقم 601. على أنه جرى الحكم بأن الوقف الموقوف للملاحقات (المادة 16 من الأمر الاشتراعي رقم 67 - 820 بتاريخ 23 أيلول 1987 الملغى بقانون 25 كانون الثاني 1985)، كان يشكل عقبة أمام المقاصة القانونية، الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 كانون الثاني 1982، Dalloz، 1982، صفحة 373، تطبق A.H. ويمكن أن تطرح على نفسها مسألة معرفة ما إذا كانت المهل المعطاة في إطار صلح ودي (ثانواً عامي 1984 و 1986) تشكل عقبة أمام المقاصة القانونية أم لا. إن الطبيعة العقبة حصراً للمهلة المعطاة (وهي إيجابية) ينهي، من حيث المبدأ، أن تقود إلى جواب إيجابي.

(4) انظر: D. VBAUX بالاشتراك مع A. HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، النود 1185 إلى 1188، 1986، رقم 33 وما يليه. PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VII، الطبعة الثانية، 1954، L.G.D.J.، تأليف G. GABOLDE، et P. ESMEIN، J. RAOUANT، رقم 998 وما يليه.

(5) النقض بمناسبة عريضة في 29 تشرين الأول 1907، Dalloz الدوري، 1909، 1، 460، والإسنادات المستشهد بها - النقض المدني، 10 كانون الثاني 1962، النشرة المدنية، I، رقم 24، صفحة 21 - النقض بمناسبة عريضة في 4 أيار 1936، 1936، Dalloz الأسبوعي 313 - النقض بمناسبة عريضة في 3 كانون الثاني 1939، الأسبوعي Dalloz، 1993، 149. الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 شباط 1993.

وحكمت محكمة النقض في 27 تشرين الثاني 1989⁽¹⁾ بأنه لم يكن هناك أي شرط عند عدم وجود أقل علاقة شرطية وحاسمة بين الموجبات التي اضطلع بها الفريقان وبيع الشقق، وبأن هذا البيع يمثل بالأحرى حدثاً مستقبلياً ولكنه أكيد ومتفق عليه بين المتعاقدين ولو كان ذلك لاستحقاق غير محدد وملائم لأحد الفريقين. إن الحدث المعني، كما لوحظ⁽²⁾، كان بالتأكيد بيع الشاري عدة الشقق كان يملكها، وعملية كهذه لا يمكن أن يكون تحقيقها أكيداً قطعاً. بيد أن التكوين النهائي للعقد لم يكن خاضعاً لأي شرط لأن الفريقين لم يتوخيا إطلاقاً جعل اتفاقهما متوقفاً على تحقيق الحدث المعني وكان هذا التحقيق يبدو لهما، عن خطأ أو عن صواب، أكيداً.

إن الحدث عنه غير الأكيد موضوعياً يوصف بحدث لأجل أن حدث شرط حسباً يعتبره الفريقان أكيداً أم لا⁽³⁾. وجرى تقديم المادتين 1040 أو 1041 بأنهما يكرسان ضمناً الحل الاجتهادي⁽⁴⁾. ويفترض القانون أحياناً أن حدثاً غير أكيد موضوعياً يعتبره الفريقان أكيداً. فالمادة 1041 من القانون المدني تنص بهذا المعنى على أنه: «إذا كان المتفق عليه فقط أن يدفع المقرض عندما يستطيع ذلك أو عندما يحصل على الموارد، فإن القاضي يحدد له أجل دفع حسب الظروف»⁽⁵⁾. ويعتبر الدفع حدثاً أكيداً؛ والاستحقاق وحده يكون غير معين.

وما يهم في النهاية هو معرفة ما إذا كان الفريقان قد توخيا إخضاع وجود الموجب الغرر، أو على العكس التزاماً بصورة أكيدة ونهائية. ووصف الحدث بالتالي لا يمكن أن يكون إلا انطلاقاً من نية الفريقين المشتركة.

وحكمت محكمة النقض في 4 كانون الأول 1985 بأن الاتفاقية التي بمقتضاها يتعهد

- 1976، النشرة المدنية، I رقم 72 - 21 تموز 1985، النشرة المدنية، I، رقم 73 - 5 تشرين الأول 1982، النشرة المدنية، I رقم 271، صفحة 233، بالنسبة إلى وصف اشتراط بمقتضاء بخفض دفع محوطة لوكيل عقاري لتكرار العمل في الشكل الموثق.

(1) النشرة المدنية، III رقم 2، 77، صفحة 585، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1970، صفحة 768، رقم 13، ملاحظة LOUSSOUARN.

(2) Y. LOUSSOUARN، الملاحظات المستشهد بها سابقاً.

(3) J.-J. TAISNE، La notion de condition dans les actes juridiques، طبع على الآلة الكاتبة، 1977، رقم 56، صفحة 90. وبالمعنى عنه D.VEAUX مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185 والبند 1186، 1986، رقم 9 - S.GHESTIN، تعليق على حكم محكمة نقض، 24 تشرين الأول 1970، مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، II، 16866.

(4) J.-J. TAISNE، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 68 وما يليه، صفحة 83 وما يليها.

(5) انظر في شأن التطبيق الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، I، رقم 29، صفحة 26، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 746، ملاحظة Fr. CHABAS؛ Dalloz، الصفحة 160 من التقرير؛ فهرس Dehtools، 1983، البند 33093، رقم 67، صفحة 856، ملاحظة G.VERMEILLE، مصنف الاجتهادات الدوري، 1983، IV، 130 - الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 تموز 1984، النشرة المدنية، III، رقم 135، صفحة 105.

مكتسب الملكة، للدفع ثمن بيع قطعة أرض، ببناء منزل وتسليمه للبائع بدون تحديد أي تاريخ للتقيد بموجباته، ليست خاضعة لشرط إرادي بحت وإنما لأجل في استحقاق غير معين يمكن تحديده قضائياً⁽¹⁾.

162 - تحديد الأجل

يواجه الأجل الأكيد بالأجل غير المعين⁽²⁾. والمصطلح المستخدم هنا هو خادع أيضاً ذلك بأنه يمكن أن يفسر بأنه مرتبط بيقين الحدث الذي، كما رأينا، هو معيار وصف الأجل، والمقصود بالتعابير المستند إليها في الحقيقة هو تاريخ قدوم الأجل وحسب. هل هذا الأجل معروف أم لا في يوم إبرام العقد؟ من الأفضل إذا الكلام على أجل لاستحقاق أكيد وأجل لاستحقاق غير معين⁽³⁾.

فالأجل الأول محدد، إنه محدد اتفاقياً، فيشترط الفريقان مثلاً أن يدفع المقترض في هذا التاريخ. والأجل الثاني قابل للتحديد وحسب. وموجب المؤمن في التأمين على الحياة يكون استحقاقه وفاة المؤمن. فالأمر يتعلق بحدث أكيد في تحققه وإنما تاريخه مجهول. وعدم اليقين بالنسبة إلى الاستحقاق يمكن أن يكون أكثر تأكيداً بسبب طابع الحدث. فالوفاة بالفعل أكيدة موضوعياً في حين أن الإبقاء عند العقدة حدث احتمالي. بيد أنه من المعروف أن وصف الأجل في هذه الحالة - اشتراط المدين أن يدفع عندما يستطيع ذلك - يمكن الأخذ به⁽⁴⁾. ويعود إلى القاضي تحديد الأجل. وهو يحدد لهذه الغاية نية الفريقين المشتركة. ففي 29 حزيران 1982⁽⁵⁾ حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بأنه عندما يعطى قرض عجلة بدون تحديد أجل الرد: «يعود إلى القاضي، في حالة طلب الرد، أن يقرر، مع مراعاة الظروف ولا سيما نية الفريقين المشتركة، إذا كان من المناسب منح المقترض مهلة».

وقد قبلت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حالة ملفنة، صحة أجل موقف لاستحقاق غير معين يتوقف حصوله حصراً على إرادة المدين بالموجب.

ففي عامي 1954 و1960 تفرغت إحدى الشركات لشركة أخرى عن حقوق استثمار عدد من الأشرطة التلفزيونية في بلدان مختلفة ومنها فرنسا، وكان التفرغ لمدة سبع سنوات

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض 4 كانون الأول 1985، النشرة المدنية، III، رقم 162، صفحة 1123 المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 98، ملاحظة J. MESTRE، J. Defrénois، 1986، البند 33795، رقم 83، ملاحظة J. LAUBERT، J. Defrénois، 1986، البند 83801، ملاحظة G. VERMELLE.

(2) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، رقم 1103.

(3) PLANIOL et RIPERT، المرجع عنه، رقم 999، صفحة 37.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1990، النشرة المدنية، I، رقم 255، صفحة 180 الذي نقض حكماً قرر أن شرط الإبقاء عند العقدة يتحمل كشرط إرادي غير مشروع.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 246، صفحة 211، Dalloz 1982، الصفحة 428 من التقرير، فهرس Defrénois، 1982، البند 32972، رقم 108، صفحة 1842، ملاحظة G. VERMELLE، مجلة نصر العدل، 8 كانون الثاني 1983، باتوراما، صفحة 8، ملاحظة A. PIÉDELIEVRE.

ابتداء من أول عرض في التلفزيون. ولم يكن أحد الأشرطة الداخل في التفرغ على الإطلاق موضوع عرض أول. وفي عام 1983 أعلنت الشركة المتفرغة في أن تفرغ عن حقوقها لشخص ثالث، بيد أن شريكها في التعاقد عارض ذلك. فجرى نقاش قضائي عند ذلك حول طبيعة الاشرط المتعلق بمدة الموجب هل كان الأمر متعلقاً بشرط أم بأجل؟. إن الشركة المتفرغة ادعت أن الأمر يتعلق بموجب شرطي وبالتالي فإن المادة 1175 من القانون المدني هي الواجبة التطبيق، بمقتضى نص يقول: «يقتضي أن يتم تنفيذ أي شرط بالطريقة التي أرادها الفريقان أو توحيها بشكل معقول». ويتج عن ذلك أن عدم البت خلال زمن طويل إلى هذا الحد يجب أن يحلل كتخلف عن الشرط. وقد رفضت المحاكم هذا الوصف وأخذت بوصف الأجل، مما قادها إلى رد ادعاءات الشركة المتفرغة.

وفي 19 حزيران 1990 أيدت محكمة النقض هذه المحاكم إذ أعلنت ما يلي: «إن محكمة الاستئناف، إذ بينت أن نقطة انطلاق مهلة السنوات السبع التي يجب أن تنتج الاتفاقيات خلالها مفعولها كانت العرض الأول المتلفز للأشرطة موضوع البحث، تمكنت من أن تستنتج من ذلك أن الفريقين اتفقا على كيفية تأثير في الأجل المحدد لانقضاء تعهدهما، ويستتبع ذلك أن وسيلة الدعم غير مبنية على أي من فروعهما»⁽¹⁾. ونتائج هذا التحليل كانت على الأقل مؤسفة. وبالفعل كان بإمكان المتفرغ له، بما أن أي اشتراط لم يكن يفرض بث الأشرطة، أن يؤخر إلى ما لا نهاية له تنفيذ موجباته ومنها دفع العائدات. وفي الواقع وكما يبين المعلق على الحكم في عنوان موج، كان يمكن أن يظهر الأجل «إرادياً صرفاً». والحل الذي اعتمدته محكمة النقض إذاً جذري أكثر من اللازم ولا يمكن أن يوافق عليه. ومما له مدلوله ملاحظة أن الحكم لم ينشر في الجريدة الرسمية.

لا شك في أن محكمة النقض أخذت، لكي ترد الطعن، بأن الاشتراطات كانت واضحة ودقيقة (لصالح الوصف كأجل) مما كان يحظر أي تفسير. والحال أنه من المعروف أن إرادة الفريقين هي معيار التفريق بين الشرط والأجل⁽²⁾. بيد أن هذا التسويغ لا يبدو وثيق الصلة بالموضوع كلياً. وبالفعل ينبغي الأخذ في الحسبان أن دور الإرادة في الوصف ليس حاسماً بالضرورة؛ وقد رأينا أن للمحاكم سلطة إعادة وصف عقد مستقل عن الاسم الذي أعطاه إياه الفريقان⁽³⁾.

والمشترع، في قانون الاستهلاك، ينظر بغير رضا إلى اشتراط استحقاق غير معين. وهكذا تنص المادة 3 من القانون رقم 92 - 60، تاريخ 18 كانون الثاني 1992 الذي أصبحت المادة 114 - L.1 من قانون الاستهلاك على أنه «ينبغي على المهني، في أي عقد موضوعه بيع مال منقول أو تنفيذ تقديم خدمات لأحد المستهلكين، عندما لا يكون تسليم

(1) Dalloz 1991، صفحة 436، تعليق P.Y.GAUTIER.

(2) انظر الرقم 160 السابق.

(3) انظر الرقم 118 السابق وما يليه.

المال أو تنفيذ تقديم الخدمات فوراً وإذا كان الثمن المحدد لا يتجاوز العتبات المحددة بمرسوم، أن يبين التاريخ الأقصى الذي يلتزم فيه تسليم المال أو تنفيذ التقديم». وهكذا يدين المشرع جزئياً اشتراط المهل البيانية الصرف⁽¹⁾، أي مهل استحقاق غير معين. وعقوبة عدم احترام المهلة هي الإمكانية الممنوحة للمستهلك في فسخ العقد إذا تجاوز انقضاء المهلة سبعة أيام وإذا لم يكن معزواً لحالة قاهرة.

II - نظام الموجب المقترن بأجل معلق (أو موقف)

163 - يعبر عن نظام الموجب المقترن بأجل موقف في شكل طرح مزدوج: لا يكون الموجب مستحقاً قبل الاستحقاق، غير أنه موجود.

أ - استحقاق الموجب.

164 - الدين غير قابل للنداء (مرور الزمن) إلى حين قدوم الأجل (المادة 2257، الفقرة 3 من القانون المدني) ذلك بأن ما هو غير متوجب إلا في أجل معين لا يمكن أن يطالب به قبل استحقاق الأجل⁽²⁾. والدين لأجل غير قابل لأن يشكل موضوع مقاصة قانونية ذلك بأن هذه المقاصة تفترض وجود دينين مستحق كل منهما (المادة 1291، الفقرة الأولى). وكذلك لا يمكن أن يتوجب المظل والضرر التعويفيان قبل الاستحقاق.

وهذه الحنات تقيد المدين طبيعياً. وهي تفيد بصورة عامة المتعاقب الذي تم اشتراط الأجل لمصلحته وبإمكانه العدول عنه، ويكون الموجب غير مستحق لا يستطيع الدائن استعمال أي طريق تنفيذ من حيث المبدأ.

165 - بإمكان الفريق الذي جرى اشتراط الأجل لمصلحته أن يعدل وحده عنه.

يُشترط الأجل عادة لصالح المدين. ويتمتع بهذه الصفة بإمكانية العدول عنه وتنفيذ الموجب مسبقاً. وهذه الإمكانية تكون موضع رفض عندما يكون اشتراط الأجل لصالح الدائن.

«الأجل مفترض دائماً أنه مشروط لصالح المدين». غير أن هذه القرينة تكون مستعنة إذا نتج من الاشتراط، أو الظروف، أنه كان مشروطاً أيضاً لصالح الدائن» (المادة 1187)، وفي هذه الحالة يكون العدول الأحادي الجانب مستحيلاً. ويملك قضاة الأساس سلطة سيادة

(1) اهتمت لجنة الشروط غير المألوفة بتكاثر المهل البيانية. ففي توصيتها رقم 06 - 80 (B.O.S.P)، 26 تشرين الثاني (1980) اقترحت فرض مهلة تسليم حاسمة في بيع منتجات صناعية شائعة وإعضاع اشتراط مهلة تسليم بصفة يائية لبعض الشروط في بيع منتجات مجسدة.

(2) بين المبدى Carbonnier أن نقطة الانطلاق، في الحالة التي يُفسخ فيها العقد في المجال لعدة تقريبات في استحقاقات مختلفة، يجب أن تتحمل بالنسبة إلى كل تقديم على حدة، الموجبات، الطبعة 17، الفقرة 355، صفحة 385.

لتقدير ما إذا كان الأجل مشروطاً أيضاً لصالح الدائن أم لا⁽¹⁾. وغالباً ما يكون ذلك الحال في القرض بفائدة، إذ يجب أن يكون بإمكان الدائن الاعتماد على الحفاظ على الفائدة المتفق عليها حتى حلول الأجل⁽²⁾. بيد أنه ليس ثمة أي قرينة قاطعة قائمة لصالح المقرض⁽³⁾. على أن المشرع، في المجال الخاص لعقد السند، قلب قرينة القانون المدني. فمقتضى العادة 323 من قانون 24 تموز 1966: «لا تستطيع الشركة، في غياب أحكام خاصة لعقد الإصدار، أن تفرض على أصحاب السندات التسديد المسبق للسندات»⁽⁴⁾. وينص القانون أحياناً، لصالح المدينين - بغض النظر عن طبيعة الأجل - على أن المقرض بإمكانه التحرر دائماً، ضمن بعض الشروط، مسبقاً.

إن المادة 12 من قانون 13 تموز 1979 المتعلق بإعلام المستهلكين وحمائهم في المجال العقاري، وقد أصبحت المادة L.21-312 من قانون الاستهلاك، تتيح للمقرض أن يتحرر مسبقاً، إن عقد القرض يمكن فقط أن يمنح التسهيلات التي تقل عن 10% من المبلغ الأساسي للقرض، إلا أن يتعلق الأمر بالرصيد. فإذا استعمل المقرض هذه الإمكانية. يمكن حرمان المقرض من الفوائد غير المستحقة أو من قسم منها. والقانون، من أجل جعل الإمكانية المتروكة للمقرض فعالة، ينظم بشكل آخر الاشتراط الذي يكون المقرض بمقتضاه ملزماً بدفع مبلغ الفوائد غير المستحقة بصفة بند جزائي. ومبلغ البند الجزائي، بدون المساس بتطبيق المادة 1152 من القانون المدني، لا يمكن أن يتجاوز المبلغ المحدد بمرسوم (حالياً المادة 2 من المرسوم رقم 80، 473، تاريخ 28 حزيران 1980)⁽⁵⁾.

لم يكن قانون 10 كانون الثاني 1978 المتعلق بإعلام المستهلكين وحمائهم في مجال بعض عمليات الائتمان، يحوي نصاً يسمح في أي حال للمقرض بتسديد الائتمان مسبقاً. فالقانون العام (droit commun) إذاً هو الذي كان يطبق⁽⁶⁾. غير أنه عندما يكون التسديد المسبق وارداً في العقد، ومبلغ البند الجزائي كان اشتراطه، كان هذا المبلغ أيضاً منظماً

(1) النقص بنسبة عريضة في 24 كانون الثاني 1934، Dalloz الأسبوعي 1934، صفحة 145.

(2) محكمة باريس 28 تشرين الثاني 1895، وبناء على إحالة النقص بنسبة عريضة في 21 نيسان 1896، تقرير Dalloz، VOISIN، الدوري 96، 1، 484؛ Siry 97، 1، 481، تعليق CHAVEGRIN.

(3) انظر على سبيل المثال حكم النقض المدني في 29 تموز 1879، S.80، 1، 408 - فارت بأطروحة J. AZÉMA، المذكورة سابقاً، رقم 266، صفحة 202، الذي يقدر أن اشتراط الفائدة يشكل وحده طرفاً بقلب قرينة المادة 1167.

(4) على أنه يمكن في حال الفسخ المسبق غير الناتج من اندماج الشركة أو من انشطرتها أن يفرض على أصحاب السندات تسديداً مسبقاً. وبإمكان أصحاب السندات أيضاً أن يفرضوا التسديد المسبق (المادة 324 L من قانون 24 تموز 1966).

(5) يقدر أحد المؤلفين أن القانون ليس مجرد عودة إلى القانون العام (droit commun)، LPETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 249، صفحة 270.

(6) Ph. MALAURIE، موسوعة Dalloz، نورس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧، ائتمان المتقول، 1981، رقم 94.

بمرسوم (حالياً المرسوم 78 - 373، تاريخ 17 آذار 1978).

وقد عدل القانون رقم 89 - 421، تاريخ 23 حزيران 1989⁽¹⁾ المتعلق بإعلام المستهلكين وحمايتهم في ممارسات تجارية، والقانون رقم 89 - 1010، تاريخ 31 كانون الأول 1989 (المادة 29)، حول توقع أوضاع استدانة بعض الأفراد المفرطة⁽²⁾، قانون عام 1978. وأصبحت المادة L29-311 من قانون الاستهلاك تجيز للمستهلك أن يتحرر «بالسديد المبقي، بدون تعويض، كلياً أو جزئياً». بيد أن المقرض بإمكانه رفض تسديد جزئي مبقي أدنى من مبلغ محدد بمرسوم.

وأخيراً يمكن اشتراط أجل لصالح الدائن حصراً، لمصلحة المودع مثلاً، إذا كان الأمر يتعلق بإيداع مجاني، فيستطيع المودع أن يفرض الرد المبقي للإيداع (المادة 1944 من القانون المدني). والدائن المستفيد من أجل حر دائماً في العدول عنه صراحة أو ضمناً بقبوله لتلقي دفع مبقي⁽³⁾.

وتطبق قاعدة المادة 1187 على السندات التجارية⁽⁴⁾، باستثناء السندات التي يكون فيها الأجل مشروطاً للمصلحة المشتركة (المادة 137، الفقرة الأولى، والمادة 185 من القانون التجاري).

166 - طرق التنفيذ

المبدأ هو أن أي طريق تنفيذ ليست ممكنة عند المدين حتى قدوم الأجل⁽⁵⁾ إذا لم يكن مشروطاً لصالح الدائن الذي بإمكانه عند ذلك العدول بحرية عن الاستدانة من الأجل. وليس في وسع الدائن اللجوء إلى الحجز على أموال مدنيه، وفقاً للمادتين 551 من الأجراء المدني (الملغاة) و42 من قانون 9 تموز 1991 المتعلق بإصلاح إجراءات التنفيذ المدنية. ويتقضي إعلان دعوى الدفع السقامة قبل استحقاق الأجل غير مقبولة حتى ولو كان الأجل قد حدث خلال مجرى الدعوى لأن قبولية الادعاء تقدر في يوم الادعاء⁽⁶⁾.

(1) انظر بهذا المعنى COBURET، «Commentaire de la loi n° 89 - 1010 du 31 décembre 1989»، المجلد 631 الصفحات 634.

(2) انظر SCHAUFELBERGER، La prévention des situations de surendettement des particuliers (commentaire de la loi n° 89 - 1010 du 31 décembre 1989)، مجلة القانون المقارن، 1990، صفحة 301، وما يليها، ولا سيما صفحة 306.

(3) النقض المدني في 22 حزيران 1903، يوميات الكتابة العدل، 1904، المجلد 28160، صفحة 298 و1903، 1.8.1903، 463.

(4) انظر بهذا المعنى RIPERT et PLANIOL، تأليف P.ESMEIN، J.RADOUAN et G.GABOLDE، المذكورين آنفاً، رقم 1003، صفحة 341 وصفحة 342.

(5) PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، J.RADOUAN et G.GABOLDE، المذكورين سابقاً، رقم 1005، صفحة 343 وصفحة 344.

(6) النقض المدني في 22 تموز 1897، Dalloz، المجلد 79، 1، 614. وعلى عكس ذلك النقض في 14 سيبتمبر العام XIII، يوميات الكتابة العدل، 1817، صفحة 221، المجلد 2050.

إلا أن مسألة دقيقة طرحت: مسألة معرفة ما إذا كان الدين الصالح كأساس لحجز ما للمدين لدى الغير (المادة 557 من قانون الإجراء المدني) - دين الحاجز - يمكن أن يكون ديناً لأجل. وقد جرى الحكم، في ظل المادة 557 (القديمة) من قانون الإجراء المدني، بأن حجز ما للمدين لدى الغير له طابع تدبير احتياطي حتى الآونة التي يندو فيها بمفعول حكم الصحة تدبيراً تنفيذياً⁽¹⁾. وكان من الواجب الاستنتاج من ذلك أن حجز ما للمدين لدى الغير الذي يمارس على أساس دين لأجل صحيح خلال الفترة الاحتياطية⁽²⁾، طالما أنه معترف للمدين لأجل بامتيازات احتياطية⁽³⁾.

ويبدو أن محكمة النقض لم تتر في هذا الاتجاه. كان قد سُمح لصندوق تأمين العرض سدّد للمؤمن الاجتماعي ضحية حادث بممارسة حجز ما للمدين لدى الغير على الحصة القابلة للحجز من أجور المسؤول. فطلب الغير المحجوز عليه رفع الحجز وحصل عليه. فجرى تقديم طعن للنقض. كان الصندوق قد أخذ على الحكم أنه أمر برفع اليد عن الحجز «في حين أنه يكفي أن يكون ثمة دين أكيد في شكل «جروثوم» في السند الذي ينسك به الدائن لكي يسرّع هذا الدين اللجوء إلى حجز ما للمدين لدى الغير». وقد جرى رد وسيلة الدعم بحجة أن «المحكمة لم تفعل سوى ممارسة سلطتها السبّدة في الأخذ بأن دين الصندوق لم يكن معين المقدار ولا مستحقاً، وأنها تمكنت بالتالي من أن تأمر برفع اليد⁽⁴⁾». وهكذا يتيح مجرد التحقق - السيد - من أن الدين الصالح كأساس للحجز ليس معين المقدار ولا مستحقاً رفع الحجز. ويمكن الاستنتاج من ذلك أن الدين يجب أن يكون في الوقت عينه معين المقدار ومستحقاً، مما يقود إلى الاعتراف قانوناً بأن الدين لأجل لا يمكن أن يشكل أساساً لحجز ما للمدين لدى الغير. ويتعلّق الأمر عند لك بقاعدة أساسية طرحتها محكمة النقض انطلاقاً من تدبير سيد لقضاة الأساس. إن تحليلاً من هذا النوع يستدعي إنكار الطابع الاحتياطي الموقت لحجز ما للمدين لدى الغير. وبالتالي لا يمكن قبوله في حالة هذه.

ويبدو هذا النقاش بلا فائدة. فالقواعد الجديدة المتعلقة بحجز التخصيص تحدد أن الدائن الحاجز ينبغي أن يكون مزوداً بسند تنفيذي يثبت ديناً معين المقدار ومستحقاً. وبالتالي

(1) النقض المدني في 15 نيسان 1942، D.C. 1943، صفحة 9، تعليق CESAR-BRU، 1943، 1، 141، تعليق SOLUS.

(2) وبهذا المعنى D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185 والبند 1186، 1986، رقم 50. وعلى عكس ذلك PLANIOL et RIPERT، تاليف P.ESMEIN، J.RADOUANT et G.GABOLDE، المرجع فيه، صفحة 344 مع الاستشهاد بهذا المعنى بحكم محكمة بورجو، 13 آب 1846، 431، D.47، 431، 2، 461، وحكم محكمة غرونوبل، 26 أيار 1882، Dalloz، 83، 126، 83 Sirey، 2.

(3) انظر الرقم 168 اللاحق.

(4) الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 12 شباط 1986، النشرة المدنية، II، رقم 16، صفحة 11، والغرفة المدنية الثانية 17 حزيران 1992، النشرة المدنية، II، رقم 170، صفحة 84.

يمكن الاستنتاج من ذلك أن ديناً لأجل لا يصلح أساساً لحجز التخصيص.

وبالمقابل، إذا أخذنا هذه المرة جانب المدين، يمكن أن يكون دين لأجل موضوع حجز ما للمدين لدى الغير⁽¹⁾. والدين لأجل هو قيمة تتعلق بالذمة المالية سبق وجودها في ذمة المدين المالية. وقد حكمت الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض في 13 أيار 1987 بأن حجز ما للمدين لدى الغير لا يمكن أن يتناول إلا دين المدين المحجوز عليه، حتى شرطياً أو اجتماعياً، إذا كان موجوداً في يوم الحجز⁽²⁾. وبالأحرى يجب أن يكون بالإمكان قبول دين لأجل في صف الديون القابلة لأن تشكل موضوع حجز ما للمدين لدى الغير من قبل الدائنين. وهذه الحلول كرسها قانون 9 تموز 1991، فبمقتضى المادة 13: «يمكن أن تتناول الحجوزات جميع الأموال العاللة إلى المدين ولو كانت في حوزة الغير. كما يمكن أن تتناول الديون الشرطية، لأجل أو ديون التنفيذ المتعاقب، وكيفيات هذه الموجبات تفرض على الدائن الحاجز».

ومن المقبول بالفعل أنه يمكن أن تمارس فمن بعض الشروط على أساس دين غير مستحق بعد.

وعلى هامش طرق التنفيذ بالمعنى الحصري ثمة إجراءات تحضر للتنفيذ وحسب. فهل ينبغي بسبب طابعها الهجين أن تكون متاحة أمام الدائن لأجل؟

إن الدعوى غير المباشرة مرفوضة بالنسبة إلى الدائن لأجل⁽³⁾. والنقطة مجمع لصالح هذا الحل⁽⁴⁾ المستوغ بواقع أن الدعوى غير المباشرة هي أكثر من تدبير احتياطي حتى ولو لم تكن بحصر المعنى، تدبيراً تنفيذياً. ولا يمكن بالتالي، باعتبار أن الدين لأجل ليس معين المقدار ولا مستحقاً، السماح للدائن باستخدام هذه الطريق.

والحل، كما سرى، أقل وضوحاً بالنسبة إلى الدعوة البولصية⁽⁵⁾.

من المقبول بالفعل أنه يمكن أن تمارس ضمن بعض الشروط على أساس دين غير مستحق بعد.

(1) D.VBAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185، والبند 1186، 1986، رقم 48.

(2) الشرة المدنية، II، رقم 113، صفحة 65.

(3) النقض بمثابة عريضة في 25 آذار 1924، D.H1924، ، صفحة 282.

(4) انظر على سبيل المثال، B.STARCK، المجلد 3، الطبعة الرابعة، 1992، تأليف H.ROLAND و L.BOYER، رقم 531. TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، المذكرتين سابقاً، رقم 1050، صفحة 942. PLANIOL et RIPERT، Traité pratique de droit civil français، الجزء VII، تأليف P.ESMEIN، المجلد 1، تأليف J.RADOUANT، صفحة 244. MAZEAUD، Obligation، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr.CHABAS، صفحة 1021.

(5) انظر الرقم 487 اللاحق.

ب - وجود السند

167 - السند موجود، وتنتج عن ذلك عدة نتائج. أولاً ليس الدفع قبل الاستحقاق دفْعاً غير متوجب، سواء تعلّق الأمر برأس المال أو بخسارة تمتع المدين⁽¹⁾. وحسب المادة 1186 من القانون المدني «ما دفع سلفاً لا يمكن استرداده». ثم إن الدين لأجل قابل للانتقال فوراً بين الأحياء أو بسبب الوفاة، باستثناء ديون الثقة التي لا يمكن التنازل عنها إلا باستحقاق لأجل⁽²⁾. وهو قابل للمقوِّط عن طريق الاندماج (المادة 1300 من القانون المدني)⁽³⁾. كما أنه قابل للحجز (المادة 13، الفقرة 2، من قانون 9 تموز 1991)، ولا يمكن إلغاؤه من جانب واحد. والفريقان، كما بيّن السيد Mestre، ملزمان بموجب الاستقامة الذي تستدعي بأن يمتنع عن «أي خداع... وعلى وجه أعم عدم التسبب بأي إضرار بالتنفيذ المستقبلي للعقد»⁽⁴⁾. ويمكن بوجه خاص أن يشكل السند لأجل موضوع تدابير احتياطية وهو قابل للتلاشي قبل الاستحقاق.

168 - التدابير الاحتياطية.

لا يحوي القانون المدني أي نص حول هذه النقطة. غير أنه لوحظ أن المادة 1180 تعطي الدائن الشرطي إمكانية ممارسة جميع الأعمال الاحتياطية بالنسبة إلى حقه. وجرى الاستخلاص من ذلك بالأحرى أن الدائن لأجل يستفيد من هذا النص⁽⁵⁾. وهكذا ينبغي أن يكون بإمكان الدائن لأجل اللجوء إلى إجراء الحجز الاحتياطي⁽⁶⁾ أو تسجيل الرهن العقاري.

(1) PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، J. RADOUANT et G.GABOLDE المذكورين سابقاً، رقم 1009، صفحة 347 وصفحة 348. J.GHESTIN et M.BILLIAU، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، ٧ استرداد غير المستحق، 1991، رقم 16.

(2) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 أيار، 1973، النشرة المدنية I، رقم 184، صفحة 147. انظر في صده مبدأ عدم قابلية التفرغ أو الحوالة للنقض المدني، 11 كانون الثاني 1927، Dalloz الدوري 1927، 129، تعليق H.CAPTANT.

(3) DEMOLOMBE، *Traité des contrats ou des obligations en général*، الجزء ٧، 1875، رقم 708، صفحة 539 وصفحة 540. G.LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1300 - 1301، 1985، رقم 11.

(4) ملاحظة على حكم محكمة Aix، 16 شباط 1991، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 120.

(5) H.-L. MAZEAUD، *Obligations*، رقم 1131. TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، *Obligations*، الجزء II، المجلد الأول، تأليف Fr. CHABAS et AYNÈS، رقم 1020. CARBONNIER، الطبعة 17، الفقرة 134. MALAURIE et AYNÈS، المذكورين سابقاً، رقم 1103، صفحة 639. B.STARCK، *Obligations*، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 1140.

(6) وبهذا المعنى في ظل مدونة الإجراء المدني (القديمة)، D.VEAUX، بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1186 والبنده 1186، 1986، رقم 51. انظر، في الاجتهاد، محكمة ليون، 22 كانون الأول 1959، مجلة نصر العدل، 1960، 1، 123، مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، II، 11670، تعليق RAMEAU، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1960، صفحة 363، ملاحظة RAYNAUD.

وتم تعديل نظام التدابير الاحتياطية بقانون 9 تموز 1991 الذي ألغى المواد 48 إلى 57 من مدونة الإجراء المدني (القديمة). وتأخذ هذه التدابير بموجب المادة 47 منه شكل حجز احتياطي أو أمن قضائي. وعلى الدائن لأجل أن يسوّغ الظروف القابلة لأن تهدد تغطية دينه وأن يكون ماذوناً له قضائياً بممارسة هذا التدبير.

169 - نقطة انطلاق دعاوى البطلان والفسخ.

إذا كانت نقطة انطلاق تقادم الدين محددة بقدوم الأجل⁽¹⁾، فإن الأمر مختلف في ما يتعلق بنقطة انطلاق دعاوى البطلان والفسخ، ذلك بأن التقادم موجود كعقد لوحده. وقد حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 16 أيار 1972⁽²⁾ بأن وضع أجل غير معين للدفع لمن يبيع بعادل مزايدة الشائع أو المتشابك الحقوق وتحديد مبلغ هذا الثمن استناداً إلى مؤشر متحرك لا يمتنعان المقاضاة للفسخ استناداً إلى المادتين 887 و888 من القانون المدني، وبالتالي لا يمكن أن يؤخرا نقطة انطلاق التقادم الذي تخضع له دعوى الإبطال لعل الغين، وبالتالي فإن محكمة الاستئناف أعطت بحق تاريخ توافق الإرادتين كنقطة انطلاق المهلة وليس تاريخ تحقيق كيفية الدفع⁽³⁾، ووجود أجل موقف في مجال الغين لا يعدل بالتالي نقطة انطلاق دعوى الإبطال لعل الغين. وينبغي كذلك، مع ما تقتضي به الظروف من تعديل، أن يكون الأمر على هذا النحو في ما يتعلق بدعاوى البطلان المطلق أو النسبي. ويجب تطبيق مبادئ القانون العام (droit Commun)⁽⁴⁾.

III - تعديل الأجل

170 - يمكن أن يتم تحمّل هذا التعديل: إنه استحقاق الأجل، كما يمكن أن يكون إرادياً أيضاً.

أ - السقوط.

171 - يمكن أن يتم تحمّل هذا التعديل: إنه استحقاق الأجل، كما يمكن أن يكون إرادياً أيضاً.

1) أسباب السقوط:

172 - الأسباب القانونية.

يسوّغ السقوط القانوني للأجل تقليدياً إما بخطأ المدين وإما بخسارة ثقة الدائن⁽⁴⁾.

(1) انظر الرقم 164 السابق.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 أيار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 129، صفحة 114، Dalloz 1972، صفحة 636، تعليق A.B. وكذلك الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 شباط 1974، النشرة المدنية، III، رقم 95، صفحة 65، تقرير زعادة الثمن في يوم البيع وليس في يوم استحقاق الأجل.

(3) انظر تلاشي التقادم.

(4) انظر D.VBAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185 والبند 1186، 1986، رقم 69.

إن الأحداث التي يقام لها وزن هي لاحقة لتكوين العقد، مما قاد Demolombe إلى أن يقول: «إن الأجل يمنع بالإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة، ضمن شرط فاسخ ضمنى بأن حالة الأشياء التي استناداً إليها منح هذا الأجل ما تزال قائمة»⁽¹⁾.

وكانت المادة 1188 من القانون المدني في صياغتها السابقة تنص على مابين لسقوط الأجل: نقصان الأمن بفعل المدين وإفلاس المدين الذي كان الاجتهاد يماثله بالإعسار⁽²⁾.

173 - إفلاس المدين أو إعساره.

تنص المادة 1188 من القانون المدني كما تعدلت بقانون 25 كانون الثاني 1985 على ما يلي: «لا يستطيع المدين أن يطالب بالاستفادة من الأجل عندما يُنقص بفعله الأمن الذي أعطاه العقد للدائن». ولم يعد ذكر الإفلاس وارداً ذلك بأن المادة 56 من قانون 25 كانون الثاني 1985 التي قطعت العلاقة بالتقليد⁽³⁾ تنص على ما يلي: «حكم فتح التقييم القضائي لا يجعل الدين غير المستحق بتاريخ صدور هذا الحكم متوجبة الأداء. وأي شرط معاكس يعتبر غير خطي»⁽⁴⁾. وجرى الاحتفاظ باستحقاق الأجل في إجراء التصفية القضائية (المادة 160 من قانون 25 كانون الثاني 1985) أو عندما يقرر الحكم برنامج التفريغ التام عن المؤسسة (المادة 91).

وفي ظل المادة 475 من القانون التجاري (التي أصبحت المادة 37 من قانون 13 تموز 1967) جرى الحكم «بأن سقوط الأجل الناجم عن الإفلاس ليس له مفعول إلا بعد الحكم به»⁽⁵⁾. وهكذا يجد الدائن نفسه ملزماً بتقديم ما لديه من مستندات ثبوتية. وعليه أصبح «الإفلاس الواقعي» أو «الوهمي» متبعداً في هذا المجال. وكانت المادة 6، الفقرة 4، من قانون 13 تموز 1967 تفرض التثبت من التوقف عن الدفع بحكم. ولا يتضمن قانون 25 كانون الثاني 1985 نصاً خاصاً. ويمكن التفكير في أن المشرع لم يشأ العودة إلى هذه

(1) المرجع عنه، رقم 855، صفحة 623.

(2) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 62، صفحة 49 - النقض المدني في 30 آذار 1992، D.P.92، تعليق PLANIOL، برميات الكتابة المعدل، 1893، الجند 25207، صفحة 591، S.92، 1، 481، تعليق LAMBE. يحدد الحكم بأنه ليس ثمة إعسار واهمي؛ والحل أبدته الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض في 16 كانون الأول 1975، النشرة المدنية، I، رقم 372 صفحة 310.

(3) كانت المادة 37، الفقرة الأولى، من قانون 13 تموز 1967 تنص على ما يلي: «إن الحكم الذي يعلن التسوية القضائية أو تصفية الأموال يجعل الدين غير المستحق ترجية الأداء تجاه المدين». وكان هناك حكم مماثل صدر سابقاً، انظر Traité élémentaire de droit commercial، تأليف G. PIPERT، الطبعة الثالثة، L.G.D.J.، 1956، رقم 2710.

(4) يتبد هذا النص الكليل المتضامن، النقض التجاري في 2 آذار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 79، صفحة 55؛ Dalloz، 1993، الصفحة 309 من السورجر، ملاحظة LAYNES - 14 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 265، صفحة 193.

(5) النقض التجاري في 16 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 388، صفحة 367.

القاعدة. إن المادة 50 من القانون الجديد تفرض على الأكثر على الدائنين جميعاً «الذين يكون مصدر دينهم سابقاً لحكم الفتح» - باستثناء أجراء المقاوله - التصريح عن دينهم - ومعاقبة هذا الموجب حازمة بصورة خاصة طالما أنها تركز على سقوط الدين (المادة 53، الفقرة 3).

وتطرح الصيغة الجديدة للمادة 1188 بالضرورة مسألة معرفة ما إذا كان الإعسار، أي حالة إعسار شخص غير خاضع لنظام الإجراءات التجارية الجماعية، يؤدي دائماً إلى سقوط الأجل؛ وكلمة «إفلاس» التي استخدمها المشرع في عام 1804 كانت في الواقع مفهومة في معنى واسع، أي كمرادفة «للإعسار»⁽¹⁾، وهذا ما تشهد عليه صيغة بعض مواد القانون المدني (المواد 1613 أو 1913 و2032).

ولوحظ أن قانون 25 كانون الثاني 1985 لم يُلغ مبدأ سقوط الأجل إلا في ما يختص بإجراء التوقيف القضائي. وانطلاقاً من هذه الملاحظة تم الأخذ بأن القانون الجديد على الصعيد التأويلي لم يكن متعارضاً مع الحفاظ على الاجتهاد القديم⁽²⁾. وجرى التسكك على وجه الخصوص بأن الاجتهاد بإمكانه اللجوء إلى إرادة الفريقين المفترضة للاحتفاظ بالحل التقليدي⁽³⁾. وهذا الحل لا يحتمل على الاقتناع. فالمشرع ألغى صراحة المادة 1188 جزئياً والتفكير ينزع، على العكس، إلى إثبات أن الإعسار لم يعد سبباً للسقوط ما دام التعبير «إفلاس» كان مفهوماً في معنى واسع. ولو كان المشرع قد توخى الحفاظ على الحلول القديمة لما حذف أي ذكر للإجراءات التي أحلها محل الإفلاس القديم. أما الرجوع إلى إرادة الفريقين المفترضة فهو منازع فيه. وبالفعل تحتفي تقنية المحاكم هذه وراء المتعاقدين لتسويغ ممارسة سلطة معيارية ليست لها.

ويقتضي الإسماء إلى أسباب تسويغ قانون 25 كانون الثاني 1985 لإيجاد مبدأ الحل. كانت المادة 1188 في صيغتها الأولية تريد ذاتها قامة. كان الأمر يتعلق بمعاقبة المدين؛ فالإعسار أو الإفلاس كان يعتبر كل منهما نتيجة التصرفات غير الشريفة، مما نتج عنه قمع جزائي. وقد عدّل المشرع المعاصر وجهة نظره: لم يعد الإفلاس مفترضاً أنه خاطيء، وتقوم وضع المدين الذي يواجه صعوبة أمته المصلحة العامة يفرض غياب سقوط الأجل. والمصلحة العامة تتفوق على المصلحة الخاصة لدائن أعطى ائتماناً ويقود سقوط الأجل بالضرورة إلى تصفية موجودات المدين (أصوله). وانطلاقاً من هذه الاعتبارات، ما يصح بالنسبة إلى الإجراءات الجماعية يصبح كذلك بالنسبة إلى المدينين في حالة إعسار، حتى ولو لم ينظم القانون في شأن هؤلاء المدينين إجراء مراجعة حساب المطلوبات (الخصوم). وقد أدت هذه

(1) انظر تعليق PLANIOL المذكور سابقاً - DEMOLOMBE المذكور آنفاً، رقم 664.

(2) D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185 والبنود 1186، رقم 95 - وفي الانجاء بينه MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, Obligations، الجزء 2، النظام، الطبعة الثانية، رقم 57.

(3) D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، المرجع عنه، رقم 97.

الذهنية إلى الاعتراف بأن الإعصار لا يجر مطلقاً إلى سقوط الأجل . فالمعقد لأجل ، بالائتمان الذي يمنحه ، يتيح ، في فترة صعبة ، تقويم الدفع المالي المثلث بالدين . وفي ذلك مظاهر المنفعة الاجتماعية لهذا النموذج من الاتفاقيات . ومصلحة الدائن الخاصة يجب أن تحمي .

يمكن أن تواجه هذه الفرضية ببرهان النص . يتم الاستناد إلى المادة 2032 - 2^o من القانون المدني - غير المعدلة - التي بمقتضاها « بإمكان الكفيل ، حتى قبل أن يكون قد دفع ، مقاضاة المدين لكي يعرض عليه » . ونجم عن اقتصاد هذا النص إنه إذا كان بإمكان الكفيل مقاضاة المدين المعسر مسبقاً فلأن هذا الأخير مقط حقه في الاستفادة من الأجل ، ويستتج من ذلك بالضرورة أن القانون الجديد لم يعدل الحل القديم . على أنه يبدو أن المشرع بتعديله المادة 1188 جوهرياً - ولها وجه مبتدئ في حين أن المادة 2032 - 2^o ليست سوى تطبيق خاص - من الجانب الأفضل للكفيل - ألغى بالضرورة المادة 2032 - 2^o - ويمكن كذلك الأخذ بأن المادة 1188 من القانون المدني لم تعد تستهدف سوى إنقاص الأمن الواقعي للمدين .

غير أن قانون 25 كانون الثاني 1985 لم يعدل نصاً آخر في القانون المدني يبرز الإعصار . فالمادة 1913 ما زالت تنص على أن رأس مال الدخول المكوّن ألبداً يقدو أيضاً مستحقاً في حالة إفلاس المدين أو إعساره . ويمثل هذا النص كاستثناء على المبدأ الذي نشأ⁽¹⁾ .

بيد أن التحليل المعتمد ، المرضي على الصعيد النظري ، لا يقود إلّا إلى تطبيقات استثنائية . وغالباً ما ينقص المدين حتى قبل أن يصبح معسراً ، الضمانات التي أعطاهها لمدينه لكي يحصل على سبولة أو ائتمان . والحال أن سقوط الأجل في هذه الفرضية قد حصل . وهذا يعني القول عملياً إن مدى إصلاح 25 كانون الثاني 1985 محدود جداً في القانون المدني .

لقد أنشأ القانون رقم 89 - 1010 بتاريخ 31 كانون الأول 1989 في شأن تسوية أوضاع الإفراط في الاستدانة ، من المادة 11 وما يليها « إجراء جماعياً للتسوية القضائية المدنية لعصوبات المدين المالية الموجود في وضع الاستدانة المفرطة المبينة في الفقرة الأولى من المادة الأولى » من القانون المذكور الذي أصبح مقتناً في المادة L1-232 وما يليها من قانون الاستهلاك .

وبإمكان قاضي التنفيذ الذي خلف محكمة البداية (القاضي الوحيد) ، حسب المادة L2-332 ، من قانون الاستهلاك نشر نداء إلى الدائنين ؛ إنه يتأكد من طابع الديون الأكيد والمستحق والمعين المقدار . ويتج من هذا النص أن هذا الإجراء لا يجعل الديون مستحقة مما هو في

(1) انظر المدخل العام حول الإلغاء الضمني رقم 257.

(2) مع أن المسألة نظرية إلى حد ما يمكن التنازل عما إذا كانت المادة 1913 ، في شأن الإفلاس أيضاً ، هي استثناء للمادة 56 من قانون 25 كانون الثاني 1985.

وجهة سير معاكسة تماماً لهدف حماية أصحاب العلاقة التي ألهمتها القانون الجديد.

وبمقتضى المادة L.2-331 من قانون الاستهلاك «بتعزيز وضع الاستدانة المفرطة للأشخاص الطبيعيين بالاستحالة الجلية بالنسبة إلى المدين حسن النية في أن يواجه مجموع ديونه غير المهنية المستحقة أو التي تستحق». وهذا الوضع لا يختلط، نظرياً على الأقل، بالإعصار الذي لا يفرق بين الديون المهنية والديون الأخرى، ولا يتطلب حسن نية المدين، وبصورة خاصة لا يستدعي الإفراط في الاستدانة. وينبغي أن لا يبعد عن النظر أن الإعصار يجد مجاله، المقلص في الواقع، مقصوداً بالعمل بالقانون الجديد.

وقد اعتمدت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض هذا الحل صراحة في 12 كانون الثاني 1994⁽¹⁾ إذ حكمت بأن «افتتاح إجراء التسوية القضائية المدنية لا ينتج أي مفعول بالنسبة إلى امتحان الديون». على أن محكمة النقض بينت أن افتتاح إجراء كهذا لا يمنع الدائنين من التمسك لاحقاً بسقوط الأجل حسب النصوص العقدية.

174 - إنقاص الأمن بفعل المدين.

المستوطن مبني على وجود وضع ضمني يلتزم المدين بمقتضاه بالحفاظ على الضمان المنشأ عند إبرام العقد (استناداً إلى الحالة التي كانت قائمة *rebus sic stantibus*).

ولا يتم السقوط إلا أن يكون المدين قد أنشأ أمناً حقيقياً لصالح الدائن، وهو غير ملزم بفعل ذلك⁽²⁾. وفي حال عدم وجود أي أمن معطى للدائن لا يكون لهذا الأخير «أي حق في أن يطلب» خلال مجرى تنفيذ العقد، أمناً خاصاً لم يتم الوعد به⁽³⁾. وينبغي أن يفهم بالضمانات الخاصة الاتفاقية الضمانات الشخصية كما العينة باستثناء الامتيازات القانونية العامة⁽⁴⁾، ويرتبط النص بالعمل بضمانات معطاة في العقد يماثلها الاجتهاد بالأمن الموعود به في العقد⁽⁵⁾. وليست ذمة المدين المالية، وهي حق في الرهن العام لدائنيه، أمناً⁽⁶⁾.

والفقه منقسم حول مسألة معرفة ما إذا كانت الامتيازات الخاصة يقتضي أن تماثل بالأمن المنصوص عليه في المادة 1188. فأكثرية المؤلفين تعطي جواباً إيجابياً⁽⁷⁾، باستثناء

(1) النشرة المدنية I، رقم 21، صفحة 17.

(2) نقض بمناسبة عريضة في 24 تموز 1878، D.P.79، 1، 336.

(3) الغرفة المدنية، 10 أيار 1881، D.P.82، 1، 201.

(4) PLANIOL et RIFERT، تأليف G.GABOLDE et J.RADOUANT et P.ESMEIN، المذكورين سابقاً، رقم 1015.

(5) PLANIOL et RIFERT، تأليف G.GABOLDE et J.RADOUANT et P.ESMEIN، المذكورين سابقاً، رقم 1015.

(6) النقض بمناسبة عريضة في 2 أيار 1900، S.1901، 1، 14 - النقض بمناسبة عريضة في 23 حزيران 1919، S.1920، 1، 134. انظر DEMOLOMBE، المرجع عيته، رقم 677، صفحة 647، الذي يشرح التفسير التوسعي للمادة 1188 بالمثل الخاصة التي تنص عليها المادتان 1912 و 1977 من القانون المدني.

(7) D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، المرجع عيته، رقم 75 - DEMOLOMBE، المذكور سابقاً، =

السيد Derrida⁽¹⁾ والسيد Weill والسيد Terré على وجه الخصوص⁽²⁾. غير أنه جرى الحكم بأن زوال امتياز البائع - وهو امتياز مبني على الإرادة الفصحية - يؤدي إلى سقوط الأجل⁽³⁾.

ويجب أن لا يكون إنقاص الأمن صادراً عن خطأ بالضرورة، ينبغي أن ينتج عن عمل إرادي للمدين. وهكذا جرى الحكم بأن المادة 1188 من القانون المدني لا تلزم القاضي بأن يعلن أن المدين سقط حقه في الاستفادة من الأجل إلا عندما يكون المدين، بعمل صادر عن إرادة حرة، قد أنقص الأمن الذي أعطاه بمقتضى العقد للمدائن، أو أنه لم يعط الأمن الذي وعد به⁽⁴⁾. ويقتدر سلك المدين موضوعياً. وبالمقابل، إذا كان الإنقاص نتيجة إهمال الدائن، تكون المادة 1188 غير قابلة للتطبيق⁽⁵⁾، والأمر على هذا النحو عندما يكون النقص نتيجة حالة قوة قاهرة⁽⁶⁾، كحريق العقار المرهون مثلاً، ويبقى أن المدين يكون ملزماً عندها بتقديم أمن جديد.

وبالفعل يقتضي أن تقارن المادة 1188 بالمادة 2020، الفقرة الأولى، من القانون المدني، وبموجيها «عندما يقبل الدائن الكفيل إرادياً أو في القضاء، ثم يندو معسراً، يجب تقديم كفيل آخر». ومعاينة هذا النص هي سقوط الأجل⁽⁷⁾، ذلك بأن ثقة الدائن مبنية على ملاءة الكفيل الحالية والمستقبلية. وليس من الضروري أن يعزى إعسار الكفيل إلى فعل المدين الأصلي. وثمة قاعدة أخرى مماثلة منتهاها المادة 2131 من القانون المدني في ما يتعلق بإنقاص قيمة الأمن الرهنى الناجم عن تشويه مادي للعقار. لا يكون ثمة سقوط للأجل

= رقم 672، صفحة 644 وصفحة 646. انظر النقض المدني في 24 تشرين الثاني 1969، S.70، 1، 120، الحكم، تطبيقاً للمادة 1613 من القانون المدني بأن إفلاس شخص ثالث قابل لإفطار الشاري لأجل لا يؤدي إلى سقوط الأجل.

(1) DEMOLOMBE المذكور آنفاً، رقم 645، صفحة 675، وصفحة 646. PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، J.RODOUANT et G.GABOLDE، المذكورين سابقاً، رقم 1015، صفحة 354. D.VEAUX الاشتراك مع A.HONORAT، المرجع عنه، صفحة 78.

(2) F.DERRIDA، مرسوعة Dalloz، لموس القانون المدني، الطبعة 2، ٧، الأجل، رقم 56. Obligations، رقم 915.

(3) انظر بالنسبة إلى امتياز البائع، النقض بمناسبة حريضة في 21 كانون الثاني 1861، Dalloz الدوري، 61، 1، 170. يرويات الكتابة العدل، 1861، البند 17042، صفحة 109.

(4) النقض بمناسبة حريضة في 23 حزيران 1919 المذكور سابقاً.

(5) النقض بمناسبة حريضة في 24 تموز 1878 المذكور سابقاً، امتياز البائع غير المسجل من قبل.

(6) انظر بهذا المعنى DEMOLOMBE، المرجع عنه، رقم 680، صفحة 648، ورقم 689، صفحة 654، وصفحة 655. PLANIOL et REPET، تأليف P.ESMEIN، S.RODOUANT et G.GABOLDE، المذكورين سابقاً، رقم 1016، صفحة 355. P.DERRIDA، المذكور سابقاً، رقم 88. B.STARCK، Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 1148. TERRÉ،

SIMLER et LEQUETTE، المرجع عنه - MARTY، RAYNAUD et JESTAZ، المرجع عنه، رقم 57. SIMLER et LEQUETTE، المرجع عنه - MARTY، RAYNAUD et JESTAZ، المرجع عنه، رقم 57.

(8) D.1983، الصفحة 170 من التقرير. - مجلة قصر العدل، 16 آذار 1983، بانوراما، 113، ملاحظات A.PIÉDELIEVRE.

في هذه الفرضيات بسبب إتقاص الضمان وإنما بسبب رفض المدين تقديم أمن جديد.

والى جانب المادة 1188، تنص المادة 13، الفقرة الأولى من قانون 17 آذار 1909 المتعلق ببيع المؤسسة التجارية ورهنتها أن المالك، في حالة انتقال المؤسسة، عليه أن يخطر قبل خمسة عشر يوماً الدائنين المسجلين. وعدم القيام بهذه المعاملة يؤدي بحكم القانون إلى سقوط الأجل. وإذا تقيد المالك بهذا الإخطار ولم يحصل على موافقة الدائنين أو البائع يمكن أن تصبح ديون هؤلاء مستحقة فوراً إذا كانت نتيجة انتقال المؤسسة انخفاض قيمتها.

وتنص المادة 124، الفقرة الأخيرة، من القانون التجاري المتعلقة بقبول الكمبيالة على أن «رفض القبول يؤدي بحكم القانون إلى سقوط الأجل على نفقة المسحوب عليه وحسابه». ولا يتعلق السقوط بالكمبيالة وإنما فقط بدين الساحب على المسحوب عليه (المؤونة أو الرد الأساسي)⁽¹⁾. أما حامل الكمبيالة، حسب المادة 147 من القانون عينه، فإن رفض القبول الكامل أو الجزئي يتيح له ممارسة مراجعته الصرافية ضد موقع السند شرط أن يكون قد قدم الكثرة (الاحتجاج لعدم الرقعة) (المادة A148 من القانون التجاري)، إلا أن يكون معنى من هذه المعاملة (المادة 150 من القانون التجاري). ورفض القبول تجاه الساحب، وهو بالطبع من جملة الموقعين، يعادل إذ ذاك قدوم استحقاق السند الصرافي - بدون أن يكون هناك بسبب ذلك سقوط للأجل بالمعنى المدني لهذا التعبير⁽²⁾ - فليس له إذ أي حق في المؤونة، مبني على الأقل على سنده الصرافي.

والمصلحة المرتبطة بمحاصرة مؤونة سقوط الأجل، بالنسبة إلى المسحوب عليه في علاقته مع الحامل، والناجمة، كما رأينا، عن رفض قبول شرعي⁽³⁾، تكمن في واقع أنها ليست موجودة في وضع المسحوب عليه في يوم استحقاق الكمبيالة. فله الحق في تجاهل السند وهو غير ملزم بأن يدفع للحامل. ورفض القبول لا يؤدي إلى تجميد المؤونة لصالح الحامل النظامي للسند⁽⁴⁾. وليس المسحوب عليه مجبراً، بالاستقلال عن السند، إلا بموجب الرد الأساسي - المستحق أجله - الذي يربطه بالساحب⁽⁵⁾. فحقوق الحامل في المؤونة ليست إذ «مجمدة».

(1) النقص التجاري في أول شباط 1977، النشرة المذنية، IV، رقم 36، صفحة 32؛ D.1977، الصفحة 398 من التقرير، ملاحظة VASSEUR، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1977، صفحة 332، ملاحظة M.CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGES، المعارف، 1977، صفحة 1127.

(2) انظر المؤلفين المستشهد بهم والتعليق السابق.

(3) بمقتضى المادة 129، الفقرة 9، من القانون التجاري، لا يستطيع المسحوب عليه رفض قبوله عندما تكون الكمبيالة ناشئة عن تنفيذ اتفاقية متعلقة بتوريدات سلع ومعدات بين تجار وكان الساحب قد نفذ مبيعاته النقدية.

(4) النقص التجاري في 24 نيسان 1972، النشرة المذنية، IV، رقم 119، صفحة 120؛ Dalloz، 1972، صفحة 688، تعليق ROBLOT، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1972، صفحة 984، ملاحظة M.CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGES.

(5) انظر M.CHANTEUX - BUI، Le refus d'accepter la lettre de change التجاري، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1978، صفحة 707 وما يليها.

ويعتبر أن عدم تنفيذ موجبات المقترض في مجال قرض الاستهلاك عموماً، ولا سيما عدم الدفع لدى استحقاق التسديد، بجيز للحامل طلب حل القرض. ولوحظ أن الأمر كان يتعلق بالأحرى بفسخ لأنه لم يكن ينتج مفعولاً رجعيًا⁽¹⁾. ويمكن في الواقع التفكير في أن الأمر يتعلق، بكل بساطة، بسقوط الأجل الذي يطل العقد بمجمعه. وهذا ما يفسر بلا ريب غياب الرجعية.

175 - الأسباب المعقدة.

سقوط الأجل يمكن أن يتم النص عليه تعاقدياً. فإمكان الفريقين أن يشترطاً أن يؤدي قدوم حدث ما إلى سقوط الأجل، وهذه الواقعة غير أكيد بالضرورة. وينبغي أن لا تتوقف على إرادة الدائن التنصيف. هذا ما نتج عن حكم أصدرته الغرفة المدنية الأولى محكمة النقض في 14 آذار 1984⁽²⁾.

كان أحد المستخدمين قد أعطى قرضاً لأحد مستخدميه، وكان العقد قد نص على أنه بإمكان المقرض «إذا شاء ذلك» أن يطلب التسديد الفوري إذا توقف نشاط المستخدم في المؤسسة. وقد جرى صرف الأجير لسبب اقتصادي وتمسك المستخدم بالبند الوارد في العقد. وتمسك المدين بأن بند السقوط كان إرادياً صرفاً. وقد ردت محكمة النقض الطعن ضد الحكم الذي استبعد هذه البرهنة بأن أدخلت «بأن محكمة الاستئناف التي تحققت من أن التسريح لم يتوقف على إرادة الشركة التي كانت مكرهة على اللجوء إلى هذا الدبير بسبب وضعها الاقتصادي، قدرت بصواب أن الشرط المتنازع فيه لم يكن إرادياً بحتاً». ونجد هنا نظرية الشرط الإرادي، وبصورة أعم تطبيق المبدأ الذي بموجبه ينبغي أن لا يكون العقد متوقفاً على إرادة أحد الفريقين التنصيف.

(2) مقاييل السقوط:

176 - بين الفريقين.

المبدأ بين الفريقين هو أن كل شيء يجري كما لو أن الموجب قد حصل في استحقاقه الطبيعي. فباستطاعة الدائن إنذار المدين لتنفيذ موجه، ومفعول ذلك جعل العطل والضرر ساريين (المادة 1146 من القانون المدني). وفي حال عدم وجود شرط مخالف يستمر معدل الفائدة الاتفاقية في التطبيق حتى تسديد المدين كل ما عليه⁽³⁾. ونقطة انطلاق التقادم تحسب اعتباراً من الحكم بالسقوط. وينتج عن ذلك، في قانون الاستهلاك، أن التقادم المحدد

(1) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, الجزء XI، الطبعة الثانية، تأليف ROUAST, SAVATIER, LEPARGNEUR et BESSON، رقم 1147، صفحة 476 وصفحة 477.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 112، صفحة 93.

(3) النقض التجاري في 12 تموز 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 302، صفحة 216 (في شأن سقوط أجل قرض). تارن بالنقض التجاري في 15 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 25، صفحة 20 (في صدد حل عقد التمان إجارة بيته).

يستثنى في المادة 311-37L، الفقرة الأولى، من قانون الاستهلاك (اتمان المتقول) لا يمكن تعديله بتصرفات المقرض بعد الحكم بالسقوط⁽¹⁾.

وبإمكان القاضي، حتى ولو أن سقوط الأجل غالباً ما هو متوقع بخسارة ثقة الدائن، أن يمنع المدين مهلة إضافية لكي يتحرر (المادة 1244 - 1 من القانون المدني)⁽²⁾. باستثناء الشأن الصرافي (المادة 182 من القانون التجاري)⁽³⁾. غير أن تأجيل الدين الناتج عن القرض أو تدرجه، عندما يكون المدين خاضعاً للتقويم القضائي، لا يمكن أن يتجاوز خمس سنوات لأن مفعول سقوط الأجل هو أن القرض لم يعد جارياً بمعنى المادة 332-15 من قانون الاستهلاك⁽⁴⁾.

إن المادتين 311-30L و 312-22I من قانون الاستهلاك تنظمان نتائج تخلف المقرض الذي يؤدي إلى سقوط الأجل. وللمقرض الحق في الحصول على التسديد الفوري لرأس المال المتبقي والمتوجب، وكذلك دفع الفوائد المستحقة. والتعويض الذي يمكن أن يطالب به المقرض بصفة بند جزائي منظم على وجه الخصوص بدون المساس بتطبيق المادة 1152 من القانون المدني التي تسمح للقاضي بأن يخفض، حتى تلقائياً، جميع العقوبات المقررة بصورة جلية.

177 - تجاه الكفلاء والشركاء في الالتزام.

الاجتهاد مستقر بمعنى أن سقوط الأجل الذي يصيب المدين الأصلي لا يمكن أن يمتد إلى الكفيل⁽⁵⁾. ويسوغ هذا الحل العامي للغاية، بقاعدة القوة الملزمة للعقود⁽⁶⁾. وهكذا يطبق المبدأ القانوني العام «التابع يتبع الأصلي»، والمادة 147 من القانون التجاري، المذكورة سابقاً، هي استثناء للقاعدة تجاه موقعي الكسيالة.

وقد انتقد السيد Mouly الاجتهاد بشدة. لن يكون هناك، في عرفه، أي سبب لتطبيق

- (1) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 حزيران 1993، النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 160.
- (2) النقض التجاري في 24 حزيران 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 240، صفحة 228.
- (3) النقض التجاري في 24 حزيران 1969، المذكور آنفاً، وكذلك النقض التجاري في 14 حزيران 1971، مصنف الاجتهادات الدوري، 1973، II، 17310، تعليق J.C.GROSJERRE.
- (4) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 حزيران 1993، النشرة المدنية، I، رقم 220، صفحة 153. عندما يكون القرض سائراً بإمكان القاضي أن يرحله أو يدرجه إلى «نصف المدة الباقية».
- (5) الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1976، النشرة المدنية، I، رقم 415، صفحة 304، مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18811، طلبات المحامي العام GULPHE، فهرس Dufrenoy، 1877، البند 31482، رقم 26، صفحة 921، ملاحظة J.L. AUBERT؛ فهرس Dufrenoy، 1978، صفحة 373، ملاحظة J.V. Dalloz، 1977، الصفحة 148 من التقرير. كان الأمر يتعلق بكفيل متضامن، بيد أن التعليل المبدئي - والرقابي - ينص على ما يلي: «إن محكمة الاستئناف، بجعل سقوط الأجل الذي أصاب المدين الأصلي يمتد إلى الكفيل قد انتهكت المادة 2015 من القانون المدني». نقض بمناسبة عريضة في 3 تموز 1890، D.P.91، 1، 5، تعليق FLANTOL.
- (6) انظر: Ph. SIMLER، Cautionnement et garanties autonomes، الطبعة الثانية، 1991، رقم 443 وما يليه، والمؤلفين المعتمد بهم، التعليق 142.

قاعدة التابع. ثم إن قصدية الكفالة تدلن التفسير المعتمد. «إن هدف الكفالة، لأنها ضمان في حالة عدم التنفيذ، تلطيف تخلف المدين الأصلي. وهذا يعني بالتالي احترام جوهرها بجعلها تقوم بدورها في حال كون المدين الأصلي، غير الجدير بالثقة التي وضعت فيه، قد هبطت منزلته قبل الاستحقاق المخصوص عليه»⁽¹⁾. ويلاحظ المؤلف أيضاً، في مادة الصرافة، أن الضامن - الكفيل الصرافي - خاضع لسقوط الأجل (المادة 147 من القانون التجاري).

بيد أنه ينبغي، في القانون، الأخذ في الحسبان أن امتداد سقوط الأجل إلى الكفيل سيكون مفعوله امتداد الكفالة «خارج الحدود التي جرى التعاقد على أساسها»، وذلك انتهاك للمادة 2015 من القانون المدني كما رأيت محكمة النقض، يضاف إلى ذلك أن اجتهاد محكمة النقض يسوّغ بالإلزام. وبالفعل يلزمز الكفلاء، في العديد جداً من الفرضيات، بدون أن يكونوا واعين تماماً لامتداد واجبه. وواقع أن الكفالة لا تؤدي إلى أي إقرار للذمة المالية في يوم عقدها ليس أجنبياً عن هذا الوضع. ورفض مواجهة الكفيل بسقوط الأجل، في هذه الرؤية، هو تدبير حماية مفيد، وهو سوّغ أيضاً من وجهة نظر أخرى. فالضامن الذي يعرف أن عليه أن يدفع بإمكانه اتخاذ التدابير التي تمنع «الأخذ بتلايه».

وتنظم المادة 1208 مصير الشركاء في الدين المتضامنين الذين ينبغي معالمتهم بالكفلاء المتضامنين. ويأمر هذا النص بالتفريق بين وسائل الدفاع الشخصية البحت أو الشخصية بلا تعقيد. فليس بإمكان الأولى أبداً أن تفيد الشركاء في الدين. والآخرى تفيد المدينين الآخرين في نسبة متكافئة مع النسبة التي تفيد المدين المحرور⁽²⁾. ويتوافق المؤلفون على الاعتراف بأن الدفوع الشخصية الصرف تحوي كفاءات خاصة بأحد المدينين، كالأجل أو الشرط⁽³⁾. وسقوط الأجل إذن غير قابل للاحتجاج به في وجه الشريك في الدين والكفيل المتضامن⁽⁴⁾. وتحدد المادة 1201 من القانون المدني أن موجباً تضامناً ما يمكن أن يتأثر بأجالات مختلفة حسب المدينين.

(1) Les causes d'extinction du cautionnement، منشورات Litec، 1979، مقدمة CABRILLAC، رقم 235، صفحة 286.

(2) F.DERRIDA، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V التضامن، 1975، رقم 92 وما يليه. - تأليف PLANIOL et RIPERT، Traité pratique de droit civil français، الجزء VII، تأليف P.ESMEIN، J.RADOUAN et G.GABOLDE، رقم 1078، صفحة 448. B.STARCK، Obligations، المجلد 3، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 198 وما يليه. M.CABRILLAC et Ch. MOULY، Droit des sûretés، منشورات Litec، المذكرات سابقاً، رقم 1152، صفحة 870.

(3) المؤلفون المستشهد بهم.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1984، الحكم المذكور سابقاً - الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 تشرين الأول 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 254، صفحة 220. انظر Ph. SIMLER المذكور آنفاً، رقم 443. وكذلك: بالنسبة إلى عرض الأسباب لصالح امتداد سقوط الأجل لصالح عدم الحجية، M.CABRILLAC et Ch. MOULY، Droit des sûretés، منشورات Litec، الطبعة الثانية، 1993، رقم 208 وما يليه.

وجرى نقاش حول نقطة معرفة ما إذا كان سقوط الأجل الذي نصت عليه المادتان 91 و160 من قانون 25 كانون الثاني 1985، ينبغي أن يمتد إلى الكفيل المتضامن والعادي أم لا، ذلك بأن الناصر لا تحدد تجاه من ينتج السقوط مفعوله. إن بعض المعلقين على القانون يؤيد الحفاظ على الحلول الصادرة في ظل قانون 13 تموز 1967⁽¹⁾، أي أن السقوط يتعلق بالمدين وحسب. وينبئ آخرون موقفاً معاكساً⁽²⁾. ومن الملائم، تجاه صمت القانون، الرجوع إلى القانون العام (droit Commun). فالمادة 2015 من القانون المدني تحدد أن الكفالة لا يمكن أن تمتد خارج الحدود التي تم التعاقد عليها، مما يشمل الأجل الذي يؤثر في الدين المضمون من الكفيل. وبالتالي لا يمكن الادعاء، في حال عدم وجود نص معاكس للقانون التجاري، أن هذا النص يجب استيعاده. ويتعذر تسويغ حل معاكس بالأخذ بأن «القاعدة المدنية لاحترام نية الفريقتين يجري التخلي عنها أمام ضرورات قانون الأعمال»⁽³⁾. إن ضرورات الأعمال لا تجيز استبعاد مراعاة القانون المدني، ما عدا استثناءات نادرة جداً ناتجة دائماً عن ممارسة طويلة ولدت عرفاً حقيقياً معاكساً للقانون. وقد كرست الغرفة التجارية هذا الرأي الأخير في حكم بتاريخ 8 آذار 1994⁽⁴⁾. فقد حكمت بأن سقوط الأجل المنقضي على الناتج عن الحكم بالتصفية القضائية بالنسبة إلى المدين الأصلي ليس له مفعول إلاّ تجاه هذا الأخير ولا يمكن أن يمتد إلى الكفيل في حال عدم وجود شرط معاكس. إن الغرفة التجارية، بالحكم على هذا النحو، تبني الحل عينه الذي اعتمدته في ظل قانون 13 تموز 1967⁽⁵⁾.

ولا يمنع أي نص قانوني مع ذلك الفريقتين من الاتفاق على أن سقوط الأجل يكون محتجاً به، عند الاقتضاء، في وجه الكفيل⁽⁶⁾. وقد أضيفت محكمة النقض صراحة الصحة على اشتراط من هذا النموذج إذ حكمت «بأن سقوط الأجل الذي يتحمله المدين الأصلي المتخلف لا يمتد من حيث المبدأ إلى الكفيل المتضامن الملاحق من قبل المدين الأصلي للدفع إلاّ أن يكون هذا الكفيل قد جعل تعهده التعاقدى متداً في حالة سقوط الأجل»⁽⁷⁾.

- (1) O. RIPERT, *Traité de droit commercial*, R. ROBLOT, تأليف R. ROBLOT, II، الطبعة 11، L.G.D.J، 1988، رقم 3235 - Ph. SIMLER، المرجع عينه، رقم 444.
- (2) D. VEAYX، بالاشتراك مع A. HONORAT، المرجع عينه، رقم 119.
- (3) D. VEAYX، بالاشتراك مع A. HONORAT، المرجع عينه.
- (4) مصنف الاجتهادات الدرزي، 1994، I، 3781، ملاحظة M. BILLIAU.
- (5) انظر على سبيل المثال النقض التجاري، 5 تشرين الأول 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 254، صفحة 1220، فيرس Defrénois، 1984، البند 33379، رقم 88، صفحة 1070، ملاحظة J.-L. LAUBERT.
- (6) انظر Ph. SIMLER، الماكور سابقاً، رقم 444 - M. CABRILLAC et Ch. MOULY، المرجع عينه، رقم 210.
- (7) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1984، النشرة المدنية، I، رقم 290، صفحة 247.

وتطرح مسألة معرفة ما إذا كان بإمكان الفريقين قانوناً النص على سقوط تعاقدي لأجل الموجب بفعل فتح إجراء تقويم قضائي، في حين أن الحكم، كما سبق أن رأينا، لا يتضمن سقوط أجل الدين الأصلي. والجواب الذي أعطاه معظم المؤلفين سلبياً⁽¹⁾. والمادة 2013 من القانون المدني تحظر الكفالة التي تتجاوز ما هو متوجب على المدين أو التي يتم التعاقد عليها ضمن شروط باهظة. ولا يكون شرط السقوط صحيحاً إلا عندما يتحمل المدين وحده سقوط الأجل.

ب - التعليل الإرادي (أو الطوعي):

178 - الفريقان حران دائماً في تعليل سقوط الأجل في اتجاه الاستياق أو التأجيل.

يمكن أن يكون الامتداد صريحاً ويمكن أن يكون ضمناً. وهكذا يمكن أن يعتبر المقرض الذي لا يسوغ عدم محاولته تغطية دينه في الاستحقاق، ولم يتدخل لدى المدينين، ولم يلجأ إلى الملاحقة، أنه وافق ضمناً على امتداد الأجل للمدينين الأصليين⁽²⁾. ريمتلك قضاء الأساس في هذا الصدد سلطة سيادة.

وهذه المسألة تهم الأشخاص الثالثين الكفلاء أو الشركاء في الالتزام على وجه الخصوص. وعندما يتحدد الأجل يكون مضيرهم قد سوي استناداً إلى الحالة التي كانت قائمة وفقاً للبادئ المعتمدة في شأن السقوط. لذلك سيتم تفحص مفعول التأجيل الإرادي للأجل بالنسبة إلى الكفلاء والشركاء في الالتزام.

فحسب المادة 2039 من القانون المدني «مجرد امتداد الأجل المعطى من الدائن للمدين الأصلي لا يبرئ الكفيل إطلاقاً، وبإمكانه، في هذه الحالة، ملاحقة المدين لإجباره على الدفع». وبما أنه لا يمكن أن يعامل الكفيل بقوة أكثر من المدين الأصلي، على الأقل عندما لا يكون متضامناً⁽³⁾، ففي وسعه مواجهة الدائن بالاستفادة من الأجل المعطى

(1) انظر بهذا المعنى B.SOINNE, Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation Judiciaires

M. JEANTIN, Droit Commercial, Instrument de - 99, صفحة 1985, A.L.D., liquidation Judiciaires

paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, Dalloz, الطبعة الثالثة، 1922، رقم 890

A.VIANDIER et G.ENDRBO, Redressement et liquidation Judiciaires, Loi du 25 Janvier 1985

commentés article par article et décrets d'application, منشورات Litec، 1986، صفحة 53، وصنعة

G.O.D.J.، 54 - 11، الجزء II، الطبعة 11، R.ROBLLOT، تأليف G.RUPERT Traité de droit commercial - 54

Y. CHAPUT, Droit de redressement et de liquidation Judiciaires des P.U.F، 1988، رقم 818، انظر مع ذلك

liquidation Judiciaires des P.U.F، رقم 301، صفحة 270، الذي يتناول حول طابع الانتظام العام أم لا

للمادة 2013، الفقرة 1، من القانون المدني، وهو يرى أنه من غير الأكيد أن الاجتهاد يدين شرط السقوط

المتعلق بالكفيل وحده.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول كانون الأول 1993، النشرة المدنية، 3، رقم 353، صفحة

246.

(3) يتم كفالة عامة رفض هذه الإمكانية للكفيل فذلك بأن مقابيل كفالة كهذه ينبغي تسويتها عن طريق المبادئ

القائمة بالنسبة إلى الديون التضامنية. وكان هذا المفهوم موضع انتقاد، Ph. SIMLER, Le cautionnement،

رقم 280، صفحة 292.

للمدين⁽¹⁾ أو التحرر فوراً بملاحقة المدين أو بتسديد الدائن الملزم بقبول الدفع⁽²⁾. وتستوعب هذه الحلول على وجه العموم بالطابع التابع لتعهد الكفيل وبفكرة أن الكفيل لا يمكن إلزامه خارج الاستحقاق الذي قبله⁽³⁾. إن قبول أن يتحرر الكفيل تجاه الدائن ضمن بعض الشروط هو في النهاية تطبيق للمادة 1134 من القانون المدني.

وفي مناسبة دراسة التفويض جرى اقتراح تفسير آخر يركز على تحليل الأجل⁽⁴⁾. إن الفريز الذي أعطي للأجل لمصلحته يستطيع وحده العدول عنه وإجبار الفريز الآخر على تلقي الوضع، إلا أن يكون الأجل قد أعطي لمصلحة المدين والدائن⁽⁵⁾. وإذا تفحصنا نصوص المادة 2039 من القانون المدني ذاتها نلاحظ أن تمديد الأجل يمنحه الدائن للمدين؛ «مجرد تمديد الأجل الذي يمنحه الدائن للمدين الأصلي...». «ذلك يعني أن تمديد الأجل يفيد المدين، وإذا وافق الدائن على ذلك فلصالح المدين وليس لصالحه هو طالما أنه ليس من مصلحته بدهياً تأخير آتية الدفع. لا شك في أن الدائن يوافق على منح المدين مهلاً من أجل الحصول على الدفع ومن مصلحته بالتالي منح مدينه المتخلف تأجيلاً غير أنه يبقى أن تمديد المهلة يفيد المدين وحده وليس الدائن الذي يأمل فقط، بتمديد الأجل، في الحصول على الإرضاء الذي له الحق في حسبانته⁽⁶⁾». والمدين وحده إذا بإمكانه التمسك بتأجيل الأجل. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الكفيل.

يجري تفسير قاعدة المادة 2039 من القانون المدني بشكل رئيسي بالنسبة إلى القواعد المتعلقة بمبدأ الأجل، بالاستقلال عن أي اعتبار آخر. وهذا يعني أيضاً التأكيد أن المادة المعنية لا تستهدف سوى فرضية واحدة، هي فرضية تعديل الأجل لصالح المدين، تاركة التمديد المبرم لصالح الدائن أو التمديد الممنوح لصالح الدائن أو المدين خارج حقلها⁽⁷⁾. وعندما يمنح تمديد الأجل للمصلحة المشتركة للدائن والمدين ينبغي أن يستعيد القانون العام (droit commun) للمادة 1165 من القانون المدني سلطانه. ولا يمكن أن تضر الاتفاقية التعديلية للأجل بالكفيل الذي لا يمكن أن يتأتم وضعه بدون رضا.

وتمديد الأجل تجاه الشركاء في الدين المتضامنين هو بدون تأثير. وقد رأينا بالفعل أن تعديل الأجل استثناء شخصي يمتح للمدين⁽⁸⁾.

(1) Ph. SIMLER المذكور سابقاً، رقم 288، صفحة 291. Ph. DELEBBECQUE موسوعة Dalloz، نهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧ الكفالة، رقم 151. وعلى نقيض ذلك: Ch. MOULY، Les causes d'extinction du cautionnement، منشورات Lilec، 1979، مقدمة M. CABRILLAC، رقم 236، صفحة 290.

(2) Ph. SIMLER المذكور آنفاً، رقم 291، صفحة 293.

(3) Ph. SIMLER المذكور سابقاً، رقم 296، صفحة 301.

(4) M. BILLIAU، La délégation de créance، أطروحة نبي باريس J. L.G.D.J.، 1989، مقدمة J. GHESTIN، رقم 278.

(5) GABOLDE، ESMEIN، RADOUANT، تأليف PLANIOL et RIPERT، رقم 1002، صفحة 339.

(6) M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 272.

(7) المرجع عينه.

(8) انظر الرقم 177 السابق.

القسم 2

اختيار نقطة القدوم

179 - صحة مبدأ العقود لمدة غير محددة

سبق أن رأينا أن الفريقين لهما حرية هامة نسبياً لتحديد نقطة انطلاق تنفيذ العقد آتياً كانت مدة تنفيذه. وفي ما يختص بتحديد نقطة القدوم يمتلكان الحرية المبدئية عيناها، إلا في ما يتعلق بالعقود ذات التنفيذ الفردي بسبب الطابع الفردي للتنفيذ. وقد بين السيد Azéma⁽¹⁾، من جهة أولى، أن الفريقين كانا دائماً حراً في تحديد اتفاقيتهما في الزمان، ومن جهة ثانية وعلى وجه الخصوص كانت العقود لمدة غير محددة قانونية رغمًا عن غياب نص يتيح ذلك في القانون المدني. ولأخذ المؤلف، بعد إحصاء نصوص عديدة تفصح في المجال لإمكانية إبرام عقد لمدة غير محددة، أن الاجتهاد، تجاه صحت النصوص، يضيء الصحة على العقود المبرمة بدون تحديد المدة. «صحة التمهيد لمدة غير محددة تشكل المبدأ القانوني للعقود»⁽²⁾.

ولا يصح الادعاء، بصورة عامة، أمام عقد لمدة غير محددة، بأن ثمة عدم تحديد للكميات الموعود بها بمعنى المادة 1129 من القانون المدني. وبالفعل يشترط الفريقان اعتيادياً لدى إبرام العقد معايير موضوعية تتيح تحديد الكميات. فمهمة الأجير في عقد العمل محددة والأجر محدد نسبياً إلى الوقت. ولا تتوقف التقديرات المتبادلة إذاً على الإرادة التعسفية لأحد الفريقين أو لتوافق جديد للإرادة⁽³⁾. على أن الكميات المتوقعة إجمالاً، في بعض الاتفاقيات لمدة غير محددة، ولا سيما عندما يتعلق الأمر بعقود تنفيذ متعاقب أو متدرج، يمكن أن تكون غير محددة مما يطرح مسألة صحة العقد تجاه المادة 1129 من القانون المدني⁽⁴⁾.

(1) الأطروحة المطبوعة آنفاً، رقم 135 وما يليه، صفحة 109 وما يليها.

(2) المرجع عينه، رقم 120، صفحة 145، أضف إلى ذلك J.HÉMARD تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 آذار 1964 Dalloz 1965 صفحة 73.

(3) انظر الرقم 210 التالي وما يليه حول تأثير الإرادة التعسفية لأحد الفريقين في مدة العقد لمدة غير محددة.

(4) انظر الرقم 200 اللاحق وما يليه.

وبعض التعهدات الأبدية محظر ومدة تنفيذ عدة عقود خاصة محددة تعسفياً؛ يضاف إلى ذلك أن القانون، أو الاجتهاد، عندما لا يعين الفريقان صراحة مدة تعهدهما، يلجأ إلى قرأتين للمدة.

الفقرة 1 - تحظر بعض التعهدات الأبدية

180 - سندرس التحظيرات التي سنّها القانون المدني، ثم التحظيرات الناجمة عن نصوص أخرى أو نصوص لاحقة للقانون المدني؛ وأخيراً سنقدم، بسبب الطابع المجزأ للحلول التي اعتمدها القانون الوضعي، محاولة تركيب.

I - تحظيرات القانون المدني

181 - لا تحوي مدوّنة القانون المدني أي نص له مدى عام يحظر التعهدات الأبدية. هناك وحسب بعض النصوص المتعلقة بالعقود الخاصة بسنّ ممنوعات⁽¹⁾. والنصان اللذان أفسحا في المجال لبعض المنازعات القضائية هما: منع الإيجارات الأبدية ومنع إجارة الخدمة الأبدية.

أ - تحظر بعض الإيجارات الأبدية:

182 - الأساس التاريخي.

تحظر الإيجارات الأبدية سنوّغ تاريخياً كالمؤسسات الأخرى التي يمكن أن تعتبر المادتان 900 و1172 من القانون المدني في عدادها، وكذلك منع بعض أنواع الاستبدال (المادة 896 من القانون المدني) بهاجس القطعية النهائية مع النظام الإقطاعي ولا سيما مفهومه لقانون الملكية⁽²⁾.

وكتب Garsonnet في عام 1978: «الإيجار الأبدى والإيجار لمدة طويلة كانا القانون

(1) المادة 530 من القانون المدني المتعلقة بطابع إمكانية الشراء بعد البيع بشكل أساسي في شأن الدخل العقاري الأبدى - المادة 630 من القانون المدني التي تحدّد ثلاثين سنة حق الانتفاع المعطى للأشخاص المعنويين - المادة 1709 من القانون المدني المتعلقة بإجارة الأشياء، وقانون 18 - 28 كانون الأول 1790 المتعلق بشراء الدخل العقاري بعد البيع، وقانون 25 حزيران 1802 أمّور إيجار الحكم الحكمي - المادة 1780 من القانون المدني في شأن إجارة الخدمات - المادة 1838 من القانون المدني (المعدلة بقانون 4 كانون الثاني 1978) التي تحدّد بتسعة وتسعين عاماً مدة الشركات. وتنص المادة 1869 القديمة من القانون المدني (المغلفة بقانون 4 كانون الثاني 1978) وما يلي «هل الشركة بإرادة أحد الفريقين لا يطق إلا على الشركات ذات المدة غير المحددة ويتم بالمعدل المتّلف إلى الشركاء جميعاً على أن يكون هذا الحل من حسن نية وأن لا يتم في غير محله» - المادة 1911 من القانون المدني حول طابع إمكانية الشراء بعد البيع للدخل الأبدى.

(2) انظر حول النظام الإقطاعي A. ESMEIN, Cours élémentaire d'histoire du droit français, «الجمعة الثانية»، 1895، منشورات Larose صفحة 191 وما يليها.

العام (Droit Commun) للملكية في فرنسا قبل عام 1789: لم يكن على وجه التقريب أي قسم من الأرض غير مملوك بموجب هذا العقد. فكان الأرقاء كما الأحرار ملزمين بترسيخ منح الإقطاعية التي كانت تفودهم ببطء وإنما بصورة أكيدة إلى الملكية⁽¹⁾. وليس من المبالغ فيه، بعد هذا المؤلف، التأكيد أن الأمر كان يتعلق بنظام عبودية الأشخاص. كانت هناك ثلاثة نماذج رئيسية من الإيجارات الأبدية أو لمدة طويلة: الإيجارات التي لا تنقل الملكية إلى المستأجر وإنما تنقل وحسب حقاً عينياً بالانتفاع، والإيجارات التي لا تنقل الملك النافع مع الاحتفاظ بملك مباشر أو مرتفع لصالح الموجر، والإيجارات التي تنقل كامل الملكية مع الاحتفاظ بمجرد حق عيني للموجر⁽²⁾.

ويبدو، بمتابعة ما يسطره Garsonnet، أن تحظر الإيجارات الأبدية للمستقبل كان مرتبطاً بالطابع النافل للملكية جزئياً لبعضها، مما يفسر إمكان الشراء بعد البيع. «كان واضعو قوانين الثورة يتوخون دائماً أن لا يكون المراد جعل المستثمر مالِكاً وهو لم يكن مالِكاً، وإنما السماح للمالك المثقل بالريع ولعائز الملك النافع بالتححرر من العائدات التي كانت حتى ذلك التاريخ من المتعذر شراؤها بعد البيع: لم تغير هذه القوانين إذاً شيئاً في الإيجارات التي لم تكن تنقل الملكية. وكان في ذهن لجنة الإقطاع التي حضرت مرسوم 15 - 28 آذار 1790 أن إمكانية الشراء بعد البيع كانت ترتكز فقط على حق شراء ملكية من قبل من لا يملكها: الملك المباشر⁽³⁾، في حال عدم ملكية ملك نافع، وتحرير الملكية إذا كان الملك مثقلاً بالريع، كما أن هذه القوانين لا تطبق أيضاً على الإيجارات الناقلة للملك النافع وإنما الموقت، ولا كان ذلك استملاك الملك المباشر بدلاً من تخصيص ملكية أبدية لمن تلقاها لزمن معين: تسعة وتسعون سنة كانت الحد بين الإيجار الأبدى والإيجار الموقت⁽⁴⁾. وقد تعدل هذا الفكر الثوري بنظرية Merlin و Tronchet التي يكون الإيجار الأبدى بمقتضاها بالضرورة ناقلاً للملكية.

ومنع للإيجارات الأبدية أخيراً، في ذهنية عام 1789 لا يبدو مؤغاً بطابعها الأبدى وإنما من جهة أولى بسبب الاستحالة التي تضع فيها المستأجرين لكي يكتسبوا نهائياً الملكية التامة والكاملة التي لم يكن لهم فيها سوى جزء، ومن جهة ثانية بسبب ارتباط الناس بالأرض التي كانوا يتولون معاملتها بفضل مفهوم تجزئة حق الملكية. وليس من الإسراف تأكيد أن حق الملكية الإقطاعية كان يحرم الإنسان من أي حرية حركة، كما تمنع جذور الشجرة تحركها.

وهكذا يفسر بما فيه الكفاية تحديد الإيجارات الناقلة للملكية في الزمن وليس منح هذه الإيجارات، وبالتالي بدون إمكانية الشراء بعد البيع التي نصت عليها العادة الأولى من قانون

(1) Histoire de locations perpétuelles et des baux à longue-durée، منشورات Larose 1876، صفحة 388.

(2) GARSONNET المذكور سابقاً، صفحة 389.

(3) التعبير مرادف «الملك المرفوض».

(4) المذكور آنفاً، صفحة 540.

18 - 29 كانون الأول 1790 وبمقتضاها: «جميع المداخل العقارية الأبدية، سواء أكانت عينية، أو بالعملة، ومن أي نوع كانت، وأياً كان مصدرها، وأياً كان الأشخاص المستحقة لهم» سواء أكانوا أشخاص حيازة معنويين، أو أصحاب ملك، أو أصحاب إقطاع، حتى المداخل الهبات والإيصاء أو الحسنات أو الميرة، قابلة للشراء بعد البيع؛ وحقوق الإقطاعي في قسم من المحصول من أي نوع كان وتحت أي تسمية، هي أيضاً قابلة للشراء بعد البيع بالمعدل الذي سيحدد في ما بعد. ويمنع، إضافة إلى ذلك، في المستقبل إنشاء أي عائلة عقارية غير قابلة للسداد، بدون المساس بالإيجارات ذات الدخل أو المحكر الحكمي وغير الأبدية التي ستنفذ لمدتها الكاملة، ويمكن أن تعقد في المستقبل لنسب وتسعين سنة وأقل؛ وكذلك الإيجار لمدى الحياة حتى بالنسبة إلى عدة أشخاص، شرط أن لا تتجاوز العدد ثلاثة.

لقد أراد التشريع الثوري نفي المفهوم الإقطاعي للملكية إلى الأبد، مع ما لهذه الكلمة من معنى، بدون منع بعض التمهيدات الشخصية المحض ذات الطابع الأبدى. وما له مدلوله إيراد حكم للمحكمة الملكية في ليموج بتاريخ 20 حزيران 1840⁽¹⁾، الناطقة في مسألة معرفة ما إذا كانت إمكانية الشراء بعد البيع مناحة أمام مستأجري عقد إجارة أو مزارعة أبدية⁽²⁾. وكان جواب المحكمة سلباً لأسباب التسوية التالية: «لا يمكن قبول أن القوانين حول إعادة شراء المداخل بعد البيع أرادت تشويه المفرد ونقل حقوق الملكية، وبذلك لم يكن من الممكن أن يكون في ذهنية هذه القوانين أن تخضع لإعادة الشراء بعد البيع اتفاقيات أو إيجارات أخرى غير التي كانت، بطبيعة المقعد، نافذة للملكية لصالح المدين بالدخل أو المائدة؛ بيد أنه إذا تضحنا ما هي أنواع الطابع الخاص لإيجار الإكارة الأبدية حيث لا يكون للمستأجر فيها حق بيع العقار أو رهنه، ولا الحق في أن يقيم دعوى أو يدعم أمام القضاء الدعاوى المتعلقة بها، ولا حق قطع الأشجار، ولا تغيير الزراعة بدون موافقة المؤجر، فمن البديهي أن لا يكون للعقد أي طابع ناقل للملكية لصالح المستأجر، وأن خصائص الملكية تستمر في أن تكون في يد المؤجر...» «وأن القوانين المتعلقة بالشراء بعد البيع الأكثر غيرية على تحرير الأرض من الحفاظ على حقوق الملكية سليمة أرادت تحويل نقل ملكية امتياز تمتع أبدي، وينبغي على الأقل ليكون لها هذا المفعول أن يكون للامتياز المتفرغ عنه الطابع

(1) بوابات الكتابة العدل، 1840، البند 10797، صفحة 229 وما يليها.

(2) كان الأمر يتعلق بعدد من القانون القديم يتفرغ بمقتضاء مالك من حق الانتفاع لأحد الأفراد تمتع به هو وورثته إلى الأبد، تحت شرط قسمة الثمار. وكان هذا الحق ينتقل من جيل إلى جيل في صود نسب مباشر بدون حق الذكورة. ولم يكن بإمكان المالك طرد الموارث إلا أن يتنازل له عن تلك العقار أو يتعرض بمبادل هذا الثلث؛ انظر على وجه الخصوص بوابات الكتابة العدل، جدول 1808 - 1865 ~ إيجار المزارعة الأبدية، أو الموارثة الأبدية. أضيف إلى ذلك *Traité pratique de droit civil français* لـ L.G.D.J، 1956، تأليف J.HAMEL, Fr. GIVORD et A.TUNC، رقم 714 ورقم 715.

المزدوج في أن يكون حاصراً وغير قابل للرجوع عنه، في حين أن حياة المراكز الأبدية وإيجار الإكارة الأبدية في المانش القديم، ليس لأي منهما أي نوع من هذا الطابع...⁽¹⁾. وفي 11 آب 1840⁽²⁾ ردت محكمة النقض الطعن بحجة «أن المؤجر، حسب العادات والأعراف والاجتهاد المتبع في الأرياف القديمة في ليموزان والمانش، كما تحقق منه الحكم المطعون فيه، في المراكز الأبدية، يحتفظ بالفعل بملكية العقار الذي لا يكتسب المستأجر فيه إلا الحقوق العائدة للمراكز الدائري، وأن قانون 29 كانون الأول 1790 الذي أعلن أن جميع العائدات قابلة للشراء بعد البيع لا يتضمن أي نص يطبق على إيجار المراكز الأبدية...⁽³⁾».

وعليه يمكن أن نخلص من ذلك إلى أن القانون الوسيط لم يحظر الإيجار لمدة أبدية وإنما فقط الإيجار الذي ينتج مفعولاً ناقلاً به من أجل منع أي عودة إلى النظام الإقطاعي⁽⁴⁾. ولدى المناقشات التفسيرية كانت المسألة الوحيدة التي جرت مناقشتها هي مسألة إعادة إيجارات الدخيل العقاري الأبدية⁽⁵⁾. وقد أدان القانون المدني من جديد المداخل العقارية الأبدية (المادة 530)، وبصورة أعم المداخل الأبدية (المادة 1911). أما المادة 1708 فيبدو أنها، تجاه هذا النمو، احتفظت بالفكرة الثورية، رغمًا عن صياغة لا ترجع إلى أي إسناد إلى نقل الحق المعيني الجاري بفعل الإيجار.

183 - الأسس الحالية.

نتج الإيجار اليوم مفاعيل شخصية وحسب؛ وذلك لا يمنع محكمة النقض من إبطاله عندما يمثل طابعاً أبدياً. وتعلق التسويات الشكلية المعتمدة بالانتظام العام: تنظيم الملكية ومصالح الاقتصاد العام⁽⁶⁾.

وكانت هذه الأسس موضع انتقاد. فقد لاحظ Voinin⁽⁷⁾ أن الإجراءات ببدل إيجار وإيجارات المزرعة كانت غريبة من النظام الإقطاعي طالما أنها لا تمثل أي طابع عيني. وبالتالي استهدفت محكمة النقض عن خطأ تنظيم الملكية⁽⁸⁾. أما الفائدة الاقتصادية فقد لاحظ هذا المؤلف في شأنها أن هذا الاعتبار كان غريباً عن المشرع الذي لم يستهدف سوى إزالة النظام السياسي والاجتماعي القديم. ولن أليست المنفعة الاقتصادية وبشكل أدق الليبرالية الاقتصادية هي التي، جزئياً على الأقل، تسوّغ هذه الإزالة؟

184 - مبدأ التأييد.

أخذت محكمة النقض، رغمًا عن التباس ظاهر، بمفهوم محدد لمبدأ التأييد. إن إرادة

(1) بومات الكتابة المطل، البند المذكور سابقاً.

(2) انظر تعليق P. VOIRIN على حكم النقض المدني، 20 آذار Dalloz الدوري 1929 - 1930، 1، صفحة 13.

(3) GABRISONNET المذكور سابقاً، صفحة 544 وما يليها.

(4) النقض المدني في 20 آذار Dalloz الدوري، 1، صفحة 13، تعليق P. VOIRIN.

(5) التعليق المذكور سابقاً، صفحة 14.

القريتين المملوكة في التعاقد على إيجار لمدي الحياة تكفي، في أول الأمر، لإثبات وجود العيب⁽¹⁾. غير أن إعلاناً للإرادة كهذا هو استثنائي. ثم إن التأييد، وبصورة أكثر تواتراً، يمكن أن ينجح عن اقتضاء الاتفاقية. ومحكمة النقض تبطل الإيجار عندما تتوقف مدته، في غياب أجل محدد، على الإرادة التمسكية للمستأجر⁽²⁾، باعتبار أن المؤجر محروم من جهته من إمكانية الفسخ من جانب واحد. وإذا كان المؤجر يملك هذه الإمكانية فإن الإيجار يعقد فقط لمدة غير محددة. والقاعدة، حسب التعديل الذي تقتضيه الظروف، يجب أن تكون هي ذاتها إذا كانت مدة الإيجار تتوقف على إرادة المؤجر وحدها.

وقد صدر حكم من الغرفة المدنية الثالثة في 15 كانون الثاني 1978 هو نموذجي على وجه الخصوص⁽³⁾. كان عقد مزارعة قد أبرم وكذلك إيجار قطعة أرض لكي تقام فيها تجهيزات ضرورية لاستثمار منجم. كان الأجل محدد في يوم استنفاده، غير أنه لم يكن هناك أي اشتراط يفرض على المستأجر استثماره. ونتج عن ذلك بالضرورة أن مدة الإيجار تتوقف على إرادة هذا الأخير. وقد نقضت محكمة النقض، بعد أن أعلنت، في شكل مبدأ «أن الإيجار الذي يتوقف أجله على إرادة المستأجر وحده هو أبدي وبالتالي باطل»، الحكم المحال لرقابته بحجة «أن الإيجار المنازع فيه كان أجله استثناء المنجم، ولم يفرض أي نص في العقد الذي يشترط عائدة جزافية سنوية على المستأجر استثمار المنجم الذي أعطي عليه حق الاستخراج» إن الأجل، في هذه الحالة، لم يكن موضوعاً قابلاً للتحديد ولم يكن في وسع المؤجر أن ينحل من العقد.

وفي 17 آذار 1978 أكدت الغرفة المدنية الثالثة محكمة الاستئناف في إبطالها إيجاراً «ما دام يحتفظ للمستأجر وحده بتجديد الإيجار بدون تحديد العدة، مما يتناقض مع أحكام الانتظام العام الواردة في المادة 1709 من القانون المدني»⁽⁴⁾.

إن الأمر يتعلق في هذه الحالات بحماية حرية أحد الفريقين. ولا يمكن قبول قيام أحد الأفراد بفرض إرادته على آخر تصفياً، فالشرط الذي يجيز للمستأجر إشغال الأماكن المؤجرة طالما يقيم في المدينة ليس باطلاً تجاه المادة 1709، ذلك بأن الإيجار محدد بمدة إقامته في المدينة⁽⁵⁾.

(1) انظر النقض المدني في 7 أيار 1951، النشرة المدنية، رقم 136، صفحة 108 - 20 آذار 1929 المذكور سابقاً.

(2) انظر الرقم 210 لاحق وما يليه بالنسبة إلى المقود لمدة محددة وإنما مدتها في الواقع خاضعة لإرادة أحد الفريقين التمسكية.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 كانون الثاني 1978، النشرة المدنية، III، رقم 16، صفحة 12.

(4) يرميات الكتابة المدل، 1977، البند 53655، صفحة 1314، ملاحظة J.V.، أضف إلى ذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض 26 كانون الثاني 1972، النشرة المدنية، III، رقم 83، صفحة 45.

(5) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 شباط 1989، النشرة المدنية، III، رقم 170، صفحة 129.

ويمكن التفكير في أن هذه المدة لا تتوقف إذاً على إرادة المستأجر التعسفية ولا سيما أن وفاة المستأجر تضع نهاية للإيجار بالضرورة.

يبقى أن الأجل (المسقط) يمكن، مع بقاءه قابلاً للتحديد، أن يكون بعيداً جداً وأن يحدث لاحقاً لانقضاء مهلة التسعة والتسعين سنة، وهي الحد المعين في مرسوم 18 - 29 أيلول 1970 - المطبق دائماً من حيث المبدأ⁽¹⁾. أفلا يغدو العقد أبدياً عند ذلك؟ إن الاجتهاد قد تطور. ومحكمة النقض تضيي الصحة على إيجار ينتهي بوفاة المستأجر عندما لا يكون قابلاً للتنازل عنه بين الأحياء أو قابلاً للانتقال بسبب الوفاة⁽²⁾. كانت مدة الإيجار قابلةً للتحديد طالما أنها تنتهي بالضرورة بوفاة المستأجر. وبالمقابل أبطلت الإيجار القابل للانتقال الذي يتضمن حقاً في التجديد لصالح المستأجر وحده⁽³⁾. وفي 30 تشرين الثاني 1983 قامت بإجراء تحول جزئي في الاجتهاد إذا حكمت «بأن الإيجار لا يمكن، لأن أجله كان وفاة المستأجرين أو أولادهم، أن يختار أبدياً»⁽⁴⁾. يبدو إذاً أن الحد التقليدي لمدة الإيجارات تسع وتسعين سنة يمكن تجاوزه⁽⁵⁾. ولم يعد الأجل القابل للتحديد والبعيد جداً معتبراً غياب الأجل. وينزع هذا التطور إلى أن يخلق من جديد شكل «الملك النافع». وقد لوحظ، إضافة إلى ذلك، أنه مما يبعث على الدهشة، عندما تكون روحية القوانين خلق ملك نافع من جديد

(1) انظر النقض المدني في 22 تشرين الثاني 1932، D.H.1933، 51؛ مجلة قصر العدل، 1933، 1، 159، التي طبقت هنا النص لتضييق مدة إيجار مفقود لمدة تتجاوز 99 سنة. لم يكن الإيجار مفقوداً لمدة أبدية وانقضاه كان يتوقف على حدث مستقبلي وغير معين - شرط فاسخ - . وهذا ما يفسر ولابيه الحل المستعمل ويجعل الحكم قابلاً للتوفيق مع المبدأ الذي يستتبعه تكون الإيجارات الأبدية باطلاً. انظر الرقم 185 اللاحق.

(2) الغرفة المدنية الثالثة 23 نيسان 1974، النشرة المدنية، III، رقم 157، صفحة 118 - 4 كانون الثاني 1973، النشرة المدنية، III، رقم 4، صفحة 3 - 3 نيسان 1988، النشرة المدنية، III، رقم 150، صفحة 120. وعلى نقض ذلك (حل ضمني): النقض المدني، 15 آذار 1901، D.P. 1902، 1، 329، تعليق A. BOISTEL - يرميات الكتابة المدل، 1901، البند 27390، صفحة 418.

(3) انظر النقض المدني في 25 أيار 1948، النشرة المدنية، I، رقم 159، صفحة 483، مجلة بدلات الإيجارات، 1948، 188، السجلة الفصلية للقانون المدني، 1949، صفحة 427، ملاحظة CARBONNIER - النقض الاجتماعي في 24 أيار 1954، Dalloz 1954، صفحة 640 - النقض المدني في 27 تشرين الأول 1936، S.1937، 1، 15؛ مجلة قصر العدل، 1936، 2، 200. إضافة إلى G. CORNU، ملاحظة في السجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 145، رقم 1. انظر أيضاً محكمة استئناف باريس، الغرفة 16 و 9، حزيران 1989، 1983 Dalloz الدوري، الصفحة 205 من التقرير. وأبطلت محكمة استئناف باريس، بعد أن أعلنت أن تحظر الإيجارات الأبدية يمثل أيضاً بالإيجار للاستعمال المهني، عقد إيجار ينص على أن المؤجر يتعهد بإبقاء المستأجر في الأماكن المؤجرة، على اعتبار أن هذا المستأجر مسموح له بالتنازل عن حقه في الإيجار إلى أي شخص كان حسب اختياره ما عدا معارضة المؤجر وإن العقد، في حالة وفاة المستأجر يستر بالشروط عينها مع ورثته أو حازري الحقوق. إن موافقة المؤجر، بالنسبة إلى محكمة الاستئناف، في حالة التنازل، كانت غير كافية لتعديل الطابع الأبدى للإيجار.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية، III، رقم 249، صفحة 189؛ السجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 522. ملاحظة Ph. RÉMY.

(5) قارن بالنقض المدني في 22 تشرين الثاني 1932، الحكم المذكور سابقاً.

(وتأمين انتقاله عن طريق الخلافة الخاصة) أن يستمر القضاء وحدهم في المكافحة ضد الإقطاعية⁽¹⁾.

185 - معاقبة الإيجارات الأبدية

المعاقبة، المبينة على انتهاك الانتظام العام السياسي والخلقي، هي البطالان المطلق وليس تخفيض السعة والتسعين عاماً أو لدى حياة أحد الفريقين. وقد اعتمدت هذا الحل الغرفة المدنية في محكمة النقض في 20 آذار 1929: «الاتفاقيات الخاصة المعقودة انتهاكاً لهذا المنع من الانتظام العام تعاقب بالبطالان المطلق... فالحكم المطعون فيه، بعد أن تحقق من أن الاتفاقية المعقودة... كانت تشكل تماماً إيجاراً أبدياً في نية الفريقين، اكتفى بتخفيض المدة القصوى للإيجار إلى تسعة وتسعين عاماً، فانتهاك بذلك المادتين 1134 و1709 من القانون المدني»⁽²⁾. وقد حكمت محكمة النقض في 29 أيار 1954⁽³⁾، بتطبيق المبدأ القانوني العام لا أحد يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر ما له من حقوق ويمقتضاه لا يمكن نقل أكثر من الحقوق التي يملكها الناقل، بأن بطلان الإيجار الأصلي يؤدي إلى بطلان الإيجار من الباطن الذي أجراه المستأجر، أي أن حسن نية الفريقين المتعاقدين.

ب - منع إيجار الخدمات الأبدية

186 - مجال المادة 1780 من القانون المدني.

بمقتضى المادة 1780 من القانون المدني: «لا يمكن التعهد بالخدمات إلا لزمّن أو لمؤسسة محددة».

وهذا النص ورد تحت عنوان «في إيجارة الخدم والعمال». ولهذا السبب ولا شك حكمت محكمة النقض في عام 1839، غرفة العرائض، بأن هذا النص لا يطبق إلا على الخدم ومقدمي الخدمة الذين لا يمكن أن نضع الأطباء في صفهم. والاتفاقية التي يتعهد فيها طبيب طيلة حياته بممارسة فنه تجاه شخص وأفراد منزله هي قانونية إذن⁽⁴⁾. وهذا الحكم الذي يحدد مجال المادة 1780 يصعب تسويغه تجاه الأساس الإنساني للقاعدة. ويبدو أنه ليس إلا حكم حالة معينة. ولم يتح للحاكم لاحقاً الحكم في شأن هذه المسألة.

والمنازعات القضائية الناشئة من المادة 1780 قليلة والأحكام المستشهد بها قديمة

(1) Pr. RÉMY، الملاحظة المذكورة سابقاً، صفحة 523.. انظر ملاحظات AZEMA، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 26، صفحة 19.

(2) التقض المدني في 21 آذار 1929 المذكور سابقاً، وبالمعنى عينه التقض المدني في 25 أيار 1948 المذكور سابقاً وحكم محكمة استئناف موبيليه في 8 كانون الأول 1914، يوميات الكتابة العدل، 1912، البند 30459، صفحة 657.

(3) التقض المدني في 29 أيار 1954، 1954، Dalloz، صفحة 640.

(4) غرفة التقض، 21 آب 1839، S.39، 1، 863؛ جدول يوميات الكتابة العدل، 1808 - 1865، ٧ إيجار العبل والصناعة، رقم 9، صفحة 267.

نسيباً. فقد أبطلت محكمة النقض شرطاً في أنظمت إحدى الشركات هدفه تقييد العامل المنضم إلى الشركة لمدة ثلاثين سنة فيؤمن لها الاستفادة من بطالته القسرية، في حالة التقاعد أو الطرد. إن اشتراطاً كهذا يقود إلى منع العامل من أي نشاط مهني لا غنى عنه لإحالة أسرته ووجوده الخاص. يضاف إلى ذلك، حتى عند انقضاء الأجل، إن الحرية المستعادة لن يكون لها أي منفعة⁽⁴⁾. وهذا الحكم يقارن بالأحكام الأحدث المتعلقة بشروط عدم المنافسة المدخلة في عقود العمل⁽⁵⁾. وقد أيدت محكمة النقض أيضاً قضاء أدنى في إبطال عقد تعهد فيه أحد الأشخاص طيلة حياته بخدمة شخص آخر مقابل الماكل والمأوى⁽⁶⁾.

وقضت أحكام قديمة بأن التعهد السليبي الذي يلتزم فيه أنجير بأن لا يعمل أبداً وفي أي مكان لرب عمل آخر هو باطل بمقتضى المادة 1780⁽⁴⁾. وينبغي مقارنة هذه التعهدات أيضاً بشروط عدم المنافسة الواردة في عقود العمل⁽⁵⁾.

187 - المفهوم الذاتي للتأييد⁽⁶⁾

كان موضوع المادة 1780 من القانون المدني في السابق إلغاء بقايا النظام الإقطاعي الذي كان يقيد الخدم بأسيادهم⁽⁷⁾. ويتعلق الأمر اليوم ولا ريب بتدبير حماية لصالح الحرية الفردية⁽⁸⁾. فالتأييد مفهوم بصورة ذاتية، ولمدة حياة العامل. وقد لجأ حكم لمحكمة استئناف تولوز إلى مقارنة بين مدة حياة رب العمل المحتملة ومدة حياة العامل. وإذا كان النظام العائلي للأشياء بأن يتوفى العامل أولاً فإن التعهد يكون أيدياً، ذلك بأن هذا العامل يفقد أي حرية⁽⁹⁾.

(1) النقض المدني في 19 كانون الأول 1860، الدوري 61 Dalloz، 1، 15، S.61، 504.

(2) انظر الرقم 191 اللاحق.

(3) النقض المدني في 28 حزيران 1887، 88 Dalloz، 1، 298، Sirey 87، 380.

(4) النقض المدني في 25 أيار 1988، القانون الإداري 69، 1، 277 - غرة العرائض، 2 أيار 1882، Dalloz الدوري 83، 1، 168 - غرة العرائض، 22 كانون الثاني 1941، القانون الإداري 1341، 163.

(5) انظر الرقم 191 اللاحق.

(6) انظر JAZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 27، صفحة 20.

(7) PIC، Traité élémentaire de législation industrielle، باريس، 1930، صفحة 832، رقم 1178.

(8) JAZÉMA المذكور سابقاً، رقم 27، صفحة 20.

(9) محكمة استئناف تولوز، 28 كانون الأول 1882، S.93، 2، 209، تعليق مفقول يستشهد بصورة خاصة بهقا المعنى بالسيد MARCADI، الجزء VI صفحة 524 وصفحة 525 حول المادة 1790، رقم 2 وبه GUILLONARD، الطبعة الثالثة الجزء II رقم 711. وقد حكم في السابق أن التعهد لمدة حياة المستخدم أو العامل فإن، من حيث المبدأ، باطلاً، محكمة استئناف باريس، 20 حزيران 1826، S.25، 2، 244، انظر في شأن بطلان العقد لسدى حياة العامل: محكمة استئناف ليرن، 4 أيار 1885، S.66، 2، 191، S.25، 244، 2، 27، 244. على أن محكمة استئناف Douai أعلنت، في 2 شباط 1850، (S.151، 2، 182) أن الإغائية التي يتم فيها الوعد بالخدمات لكامل مدة حياة المستفيد صحيحة.

II - التحفظات الأخرى

188 - الاشتراطات التي تفرض تقييداً لحرية انتقال الأموال: شروط عدم قابلية

التصرف.

يشكل شرط عدم قابلية التصرف التقليدي⁽¹⁾ عقبة أمام «أي تصرف بالملكية أو نقلها، وأي وضع في الرهن، وأي تكوين رهن عقاري يعطيه الموهوب له، وكذلك أي عدول يصدر عنه عن الرهن الذي يضمن خدمة الدخل العمري المستفيد منه. حتى أنه يمكن أن يبطال، عن طريق تفسير إرادة الفريقين، الرهونات القانونية والقضائية»⁽²⁾.

«كرست محكمة النقض صحة شروط عدم قابلية التصرف التي أعلنها حكم محكمة استئناف Angers في 29 حزيران 1842»⁽³⁾، في حكميها بتاريخي 20 نيسان 1858⁽⁴⁾ و 12 تموز 1865⁽⁵⁾. ولم تقدم على ذلك إلا بشرط مزدوج بأن تكون هذه الشروط مؤقتة ومسوّغة لمصلحة جديّة وشرعية. ولم يتغير موقف الاجتهاد هذا بعد ذلك»⁽⁶⁾.

إن القانون يمنع وضع شروط عدم قابلية التصرف الأبدية في الأعمال المجانية. فالمادة 900 - 1 من القانون المدني التي سنّها القانون رقم 71 - 526، تاريخ 3 تموز 1971، التي كرست الحلول الاجتهادية⁽⁷⁾ تنص على ما يلي: «شروط عدم قابلية التصرف الذي يبطال مآلاً معيّناً أو موصى به ليست صحيحة إلا أن تكون مؤقتة ومسوّغة بمصلحة جديّة ومسروعة»⁽⁸⁾. ويعترف الفقه بأن شروط عدم قابلية التصرف الواردة في الأعمال بعوض هي صحيحة بالشروط عينها، بيد أن نظامها لا يعود إلى المادة 900 - 1⁽⁹⁾. إن مبدأ حرية انتقال الأموال هو الذي يحوي هذا التنظيم.

(1) B.DESCHÉ et J.GHESTIN, La vente, رقم 312 وما يلي.

(2) B.DUFOUR, Réflexions sur la sanction et رقم 27. انظر: PLANIOL et RIPERT المذكّورين سابقاً، رقم 27. انظر: la portée d'une clause d'inaliénabilité (A propos du jugement des tribunaux de grande instance de montbéliard du 29 mars 1984)، مصنف الاجتهادات الدوري، الطيبة N، 1985، الفقه صفحة 239، والحكم غير المنشور لمحكمة استئناف بوزانسون في 9 أيلول 1986 الصادر عقب استئناف القضية عينها حول صحة إيجاب تجاري.

(3) Dalloz 1942، 2، 218.

(4) Dalloz 1858 الدوري، 1، 154.

(5) نقض بمناسبة عريضة، Dalloz 1865 الدوري، 1، 475.

(6) Defrénois 1779 البند 32126، صفحة 1381. H.CORVEST, L'inaliénabilité conventionnelle.

(7) انظر على سبيل المثال النقض بمناسبة عريضة في 12 تموز 1865، Dalloz الدوري، 1، 475، يوربات الكتابة العدل، 1865، البند 18358، صفحة 614.

(8) انظر في صيد تقرير الطابع الجدي والمشرع للشرط، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 تموز 1990، النشرة المدنية، I، رقم 192، صفحة 136.

(9) انظر: H. CORVEST, L'inaliénabilité conventionnelle، فهرس Defrénois، 1979، البند 32126، صفحة 1377، ولا سيما الصفحة 1382، التطبيق 18.

ماذا يجب أن نفهم من «الطابع الموقت»؟ اجتهاد محكمة النقض مستقر بمعنى أن الموقت هو شرط عدم قابلية التصرف المشروط مدة حياة الواهب⁽¹⁾. وبالمقابل يفتر الاجتهاد أن تحديد مدة حياة الموهوب له لا يمكن أن يعتبر ذا طابع موقت⁽²⁾.

189 - شرط عدم قابلية التصرف بدون تحديد المدة يمكن أن يرد بشكل صحيح لصالح مبرة إذا كان مؤمناً بمنفعتها الاجتماعية.

يحرى المبدأ استثناء. فشرط عدم قابلية التصرف بدون تحديد المدة يمكن أن يكون صحيحاً لصالح مبرة⁽³⁾ إذا كانت هي نفسها مندورة للتأبيد⁽⁴⁾. وأي تحديد يكون مناقضاً لقصدية المبرة ذاتها طالما أن هذه المبرة تتحدد بأنها «التخصيص الأبدى للأموال أو القيم لخدمة يحددها المتصرف»⁽⁵⁾. وتطور القانون الوضعي وأسيابه حللها في دراسة تامة السيد Corvest حول عدم قابلية التصرف الاتفاقي⁽⁶⁾.

«أعلن الاجتهاد لمدة طويلة بطلان شروط عدم قابلية التصرف المدخلة في هبات أو إيصاءات. وكان هذا الموقف منهجياً، ويسرّخ بهذه الملاحظة أن الشرط كان يقود إلى إعاقة التنقل الحر للأموال بمقدار ما يكون المبرء الذي أدخله المحسن في عمل هبة موصلاً، في الواقع، إلى عدم قابلية التصرف الأبدى بالأموال الممثلة لتأمين سير عمل المبرة أو عمل مصلحة عامة»⁽⁷⁾. وأبطلت محكمة استئناف بورдо في عام 1959⁽⁸⁾ شرط عدم تصرف أبدى

(1) انظر النقض المدني، 20 نيسان 1858، 338 الدوري، 1، 589؛ Dalloz 58، 1، 154؛ نقض بمناسبة عريضة في 27 تموز 1863، S.63، 1، 465؛ Dalloz 64، 1، 494. الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 كانون الثاني 1875، فهرس Defrénois، 1875، صفحة 524، البند 30907، تعليق PONSARD، مصنف الاجتهادات الدوري، 1876، II، 18240، ملاحظة THULLIER.

(2) النقض المدني في 24 كانون الثاني 1899، فهرس Defrénois، 1899، البند 110627؛ Dalloz 1900، 1، 533؛ S.1900، I، 352، القضية الأولى - النقض بمناسبة عريضة في 18 آذار 1879، Dalloz 79، الدوري، 1، 455، تقرير BARAPORT، انقضض بمناسبة عريضة في 19 آذار 1877، S.77، 1، 203.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول، 1965، مجلة قصر العدل، 1966، 1، 31، تطبيق ESMEIN، Dalloz 1966، صفحة 245، تعليق J.DEFRÉNOIS؛ فهرس Defrénois، 1966، البند 28801، صفحة 146، تطبيق J.DEFRÉNOIS؛ المجلة الفعيلة للقانون المدني، 1966، صفحة 328، ملاحظة SAYATIER، وبناء على إحالة محكمة استئناف رين، 28 حزيران 1966، Dalloz 1967، صفحة 18؛ المجلة الفعيلة للقانون المدني، 1967، صفحة 422.

(4) انظر H.CORVEST المذكور سابقاً، رقم 6، صفحة 1387 وما يليها.

(5) PLANTOL et RIBERT، الجزء V، تأليف TRASBOT et LOUSOUARN رقم 805. وعرف قانون صدر في 27 تموز 1987، حول نمو رعاية الآداب والعلوم والفنون المبررة بأنها «المعمل الذي يدرجه بقر شخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو منميين بتخصيص لا رجوع عنه عداد أو حقوقاً أو موارد لتعقيق عمل مصلحة عامة وبدون هدف الربح».

(6) المرجع عنه.

(7) H.CORVEST المذكور سابقاً، رقم 1387.

(8) محكمة استئناف بورдо، 8 حزيران 1959، مجلة قصر العدل 1959، 2، 239؛ Dalloz 1959، صفحة 113 من الموجز، مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، II، 11638، تطبيق Y.GUYON.

ينقل أموالاً موصى بها لماوى لكي يبني فيها بيت أيتام: بحجة أن المادة 900 من القانون المدني «لا تنص على تفريق بين التبرعات الجارية للأفراد والتبرعات المعدة للمبرات».

ولاحظ السيد Savatier بصواب «أن الأخذ بصحة مبرة يعني الاعتراف، عندما تخصص، عيناً، عقاراً محدداً لغايات تحددها، باستحالة مفادرة هذا المال الذمة المالية للتخصيص...»⁽¹⁾. هذه الانتقادات الوثيقة الصلة بالموضوع وتطور الأفكار تجاه المبرة التي لا يُخشى على الإطلاق أن تعيد تكوين الأموال الموقوفة، قادت محكمة النقض إلى طرح مبادئ أخرى. وبهذه الروحية نقضت محكمة النقض في 19 تشرين الأول 1985⁽²⁾ حكماً إذ لاحظت أن «الحكم، برفض الاعتراف بصحة الشرط الذي يخصص بمقتضاء المتصرف كل أموال أو قسماً منها لإقامة مبرة لها طابع المنفعة العامة، قد انتهك، بتطبيقه الخاطئ المادة 900 من القانون المدني». كان الأمر يتعلق بمشروعية شرط عدم قابلية التصرف المدخل في هبة مطعنة لإحدى البلديات شرط تأسيس مستشفى تتأمن نفقاته بفضل عائدات الأموال موضوع الاشتراط. والإضفاء للصحة على عدم قابلية التصرف هذا شبه الأيدي أخذت القرعة المدنية الأولى في محكمة النقض بطابع المنفعة العامة الذي تمثله المبرة. ليس من المأمول به في الواقع أن ينشأ عمل منفعة عامة بفضل أرباحية أحد الأفراد؟

«إن استدلال محكمة النقض بسيط. وهو يتمفصل حول مفهوم المصلحة العامة التي تصلح كأساس لبطان التحفظات المطلقة للتصرف والتي يمكن أيضاً أن تصلح كسبوغ لعدم قابلية التصرف الناتج عن تخصيص مداخل الأموال الموهوبة، عندما يكون هدف هذا التخصيص إقامة مبرة يمثل فيها طابع المصلحة العامة»⁽³⁾. وكما لوحظ⁽⁴⁾ «ليس من المنطقي قبول أن ما يسوّغ المبدأ يسوّغ الاستثناء أيضاً؟».

وقد اعترفت محكمة استئناف باريس، في 4 تشرين الأول 1971⁽⁵⁾، بشرعية بند عدم قابلية التصرف الذي يطال خلال متني عام الأموال الموهوبة لمؤسسة استشفائية. فقد اعتبرت أن «البند المنازع فيه كان الوسيلة الأفضل لكي يؤمن للمأوى (أي لمرق عام يؤمن مصلحة أساسية) رأس مال سليم وقابل لإنتاج دخل صافي ومنظم...».

ينبغي البحث عن تفسير هذا التوجه الجديد للاجتهاد في تطور مفهوم الانتظام العام.

(1) استهاد بـ CORVEST المذكور سابقاً.

(2) مجلة قصر العدل، 1966، 1، 31، تعليق ESMEIN؛ Dalloz 1966، 245، تعليق J. DEFRENOIS، 1966، 28801، البند، 28801، تعليق J. DEFRENOIS، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1966، 328، ملاحظة SAVATIER، وبناء على إحالة، محكمة رين، 28 حزيران 1986، 1986، 18، Dalloz، 1967، 18، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1967، 422، ملاحظة SAVATIER.

(3) H. CORVEST المذكور سابقاً، صفحة 1388.

(4) J. DEFRENOIS، التعليق المذكور سابقاً.

(5) Dalloz 1972، 402، طلبات CABANNES، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 426، ملاحظة SAVATIER.

والمربرات التي كان يخشى أمرها لمدة طويلة هي اليوم موضوع عناية السلطات العامة والمحاكم التي ترى فيها نمط مساهمة الأفراد في المرافق العامة ولا سيما في المجال الاجتماعي. ولم يعد أي شيء اليوم يتعارض، إذا كانت المصلحة العامة تتطلب تنقل الأموال الحر، مع أن تتمكن هذه المصلحة العامة ذاتها من تسويق عدم قابليتها للتصرف الناجم عن تخصيص هذه الأموال بالذات لمصلحة عامة⁽¹⁾.

لدينا هنا مثال على تعهد أبدي ليس باطلاً ما دام أنه مَنوع بمنفعة الاجتماعية.

وقد استبعد القانون رقم 71 - 526، تاريخ 3 تموز 1971 الذي كرس في الوقت عينه الاجتهاد السابق للهيئات المعطاة للأشخاص الطبيعيين وأدخل بالنسبة إليهم إذناً قضائياً بحيازة مال مثقل، صراحة الأشخاص المعنويين من الاستفادة من هذه الحيازة، ولا سيما المبرات في الواقع. إن الفقرة الأخيرة من المادة 900 - 1 تنص بالفعل على أن أحكام هذه المادة لا تضر بالتبرعات المعطاة لأشخاص معنويين حتى لأشخاص طبيعيين شرط تكوين أشخاص معنويين⁽²⁾. وقد جرى التصويت على هذا النص بناء على إلحاح السيد Jean Foyer الذي كان في حينه رئيس لجنة القوانين والذي كان يخشى عدم تشجيع الهيئات المخصصة للمبرات إذا أعطيت القاضي سلطة الاعتداء على عدم قابلية التصرف الذي يشترطه الواجب. ولم يكن يقصد أن يكون هؤلاء الأشخاص المعنويون بمنحى من النظام الذي أنشأته الفقرة الأولى من المادة 900 - 1، وإنما فقط أحكام اقتراحه الثاني الذي يتيح الإذن القضائي بالحيازة ضمن بعض الشروط.

وقد لاحظ السيد Simler⁽³⁾ بعد تحليل مُمنع للأعمال التحضيرية، أنه من غير الممكن، خلافاً للظواهر، قول أن هذا النص يعدل القانون الوضعي في ما يتعلق بشروط صحة بنود عدم قابلية التصرف المفروضة على الأشخاص المعنويين. والحلول القذيمة المؤكدة بالفقرة الأولى من المادة 900 - 1 تبقى قائمة. وأضاف: «غير أن تفسيراً حقيقياً للفرقتين 1 و3 يمكن أن يحمل على الاعتقاد أن الطابع الموقت الوارد في الفقرة الأولى لم يعد مطلوباً إلا بالنسبة إلى بنود عدم قابلية التصرف المفروضة على الأشخاص الطبيعيين... فالنص الجديد إذن، إذا تم عزله عن النصوص السابقة، قابل لأن يُضلل القارئ غير اليقظ. إن الأحكام الجديدة للنص في الحقيقة هي وحدها المطبقة على الأشخاص المعنويين باستثناء الجملة الأولى من الفقرة الأولى». ومن قبيل السهو إذاً أن تكون الفقرة الأولى مقصودة بكاملها.

على أنه إذا أخذنا في الحسبان التطور الملازم للاجتهاد يكون من المسموح به اعتبار أن النص، أيّاً كانت نيات واضعيه، يعبر اليوم، جزئياً على الأقل، عن القانون الوضعي. وليست بنود عدم قابلية التصرف تجاه الهيئات بحاجة إلى أن تكون موقنة. وبالمقابل تبقى صحتها خاضعة لشرط «مصلحة جذبة ومشروعة».

(1) H. CORVEST المذكور سابقاً.

(2) «Les clauses d'inaliénabilité» (Code civil, art. 900 - 1 nouveau)، Dalloz 1971، صفحة 416-S، رقم 28.

لقد أدخل القانون رقم 84 - 582، تاريخ 4 تموز 1984 في مدونة القانون المدني المواد 900 - 2 إلى 900 - 8، وهذه المادة الأخيرة حلت محل الفقرة 2 من المادة 900 - 1، ثم سمح هذا القانون بإعادة النظر في الأعباء والشروط التي تثقل العبات أو الإيصاءات في حال تغير الظروف. فيند عدم قابلية التصرف الأبدى يمكن إذا رفعه قضائياً (المادة 900 - 4 من القانون المدني). والمصلحة الاجتماعية التي تقود، في حالة الميراث، إلى الاعتراف بصحة بند عدم قابلية التصرف تموّج بالطريقة عينها ملطة إعادة النظر التي يمنحها القانون للمحاكم⁽¹⁾. وأحكام قانون عام 1984، بخلاف أحكام قانون 1971، مطبقة على الأشخاص الممنونين من القانون الخاص ومن القانون العام.

ينجم عن هذا التحليل أن صحة بند أبدى عملياً غير مقبولة لصالح مبرة إلا أن يكون عدم قابلية التصرف هذا ضرورياً لسير عمل هذا الإنشاء للمصلحة العامة وفي حدود ذلك. وهذا ليس جوهرياً وحسب لصحة بند كهذا وإنما أيضاً لتفسير مذهب الصحيح.

ومن المناسب في تحديد الأعمال الممنوح بها أو الممنوعة، عندما يكون التفسير ضرورياً، ليس تفسير شرط عدم قابلية التصرف الحصري أو الضيق بصورة منهجية، وإنما، في أي حال، تحديد مفاعله بما ضروري لسير عمل المصلحة العامة التي تسوّج وحدها قبول الطابع الأبدى لعدم قابلية التصرف⁽²⁾.

ويمكن، على هامش هذه المسائل، بيان أن إصلاح 10 حزيران 1984، في مادة الإجراء الجماعي للدفع العائد لقانون 25 كانون الثاني 1985، جاء ليحدد أن التفرغ عن المؤسسة الذي تسمح به المحكمة يمكن أن يقرن بند «يجعل المال المتفرغ عنه أو قسماً منه غير قابل للتصرف به لمدة تحددها»⁽³⁾. وعدم قابلية التصرف هو مؤقت بذاته، وتسوّجه اعتبارات خاصة بقانون الإجراءات الجماعية. والأمر يتعلق بتجنب مضاربات المستعدين القليلي الدقة.

190 - الاشتراطات التابعة عمومياً لبيع مؤسسة تجارة التي تفرض تقييداً لحرية المقاول⁽⁴⁾.

ليست الوعود بعدم مزاوله مهنة أو تجارة صحيحة إلا أن تكون محدودة. وقد حكمت محكمة النقض منذ عام 1985 بأنه «إذا كان كل شخص خراً في مزاوله تجارة ما أو صناعة معينة كما يبدو له فإن هذه الحرية يمكن مع ذلك أن تكون مفيدة باتفاقيات خاصة شرط أن لا

(1) F. BOULANGER, La loi de 4 juillet 1984 sur la révision des charges dans les libéralités, *الاجتهادات البوري*, 1985, I, 3177.

(2) CI. WITZ, La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi du 4 juillet 1984, D. 1985, 101, الصفحة 101 وما يليها من العرض.

(3) J. GHESTIN et B. DESCHÉ, La Vente, رقم 314 ورقم 315.

(4) المادة 89 - 1 الجديدة السارية المفعول في أول تشرين الأول 1994 على أبعد تقدير.

(5) Y. SERRA, La validité de la clause de non concurrence (De la vente du fonds de commerce au contrat de franchise), Dalloz 1987, XXII, الصفحة 113 وما يليها.

تؤدي إلى منع عام ومطلق، أي غير محدود بالنسبة إلى الزمان وإلى الأماكن في الوقت عينه... وبأن المدول عن مزاوله تجارة معينة أو صناعة محددة لا يتناقض مع القانون عندما يكون هذا المدول، الصادر بحرية، أبدياً وإنما هو محصور في مكان، محدد، وكذلك عندما يمتد إلى الأماكن جميعاً وينحصر في فترة من الزمن⁽¹⁾. وقد تأكد هذا المبدأ لاحقاً⁽²⁾. إن تحديدات الزمان والمكان تمثل طابعاً تقييداً. والتعهد الأبدي يكون بالتالي صحيحاً ويكون من شأنه إثبات أنه لا يوجد تحظر عام ومطلق للتعهدات الأبدية.

وقد أكدت الغرفة التجارية هذا الحل في 7 تموز 1987⁽³⁾، إذ حكمت بأن «اتفاقية تقييد بدون تحديد زمان مزاوله نشاط تجاري محدد هي مشروعة إذا كانت محصورة في مكان معين».

على أن حكماً للغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض حدد في 18 آذار 1987⁽⁴⁾ هذا الحل بدقة - كان بند عدم منافسة قد أدخل في عقد بيع قطعة أرض معدة للبناء مشروطاً أن يتمتع مكتسب الملكية، وكذلك أصحاب الحقوق، عن أن يستثمروا على هذه القطعة نموذجاً معيناً من التجارة. ولم يكن هناك أي تحديد للمدة. وكان ينبغي، بسبب الطابع المحدود في مدى المنع، إعلان البند مشروعة - غير أن الغرفة الثالثة أيدت قضاة الأساس في إبطاله بحجة «أن تبدأ كهذا يضع على عاتق شركة Prêtàbail SICOMI وأصحاب الحقوق موجباً شخصياً لا تنضم مدته أي حد، هو باطل» - ويفسر هذا الحكم ولا ريب بأن البند كان يفرض على أصحاب الحقوق تجاه المدين بند عدم المنافسة احترام هذا البند - إن بند عدم المنافسة له، في هذه الرؤية، بالضرورة حد زمني أي: حياة المدين بالموجب.

فطرحت مسألة معرفة ما إذا كان الدين الناشئ عن عدم المنافسة غير المحدود في الزمان ينتقل إلى الخلفاء. وفي حال الإيجاب يمكن بالفعل الكلام على تعهد أبدي. إن القاعدة، في ما يتعلق بالخلفاء بصفة خاصة، هي أنهم لا يرثون بحكم القانون المورجات الشخصية لمن انتخبهم، حتى ولو كانت هذه المورجات قد نشأت في مناسبة مال منتقل⁽⁵⁾،

(1) النقض المدني في 30 آذار 1885، Dalloz 85، 1، 247؛ S.85، 1، 216.

(2) انظر بصورة خاصة النقض المدني في 16 آذار 1886، Dalloz 86، الدوري، 1، 377؛ S.86، 1، 296 - النقض بمناسبة عريضة في أول شباط 1899، Dalloz 99، 1، 302؛ S.1901، 1، 132 - النقض المدني في 2 تموز 1900، D.L.1901، 1، 8.294؛ S.1904، 1، 175 - 14 آذار 1904، S.1904، 1، 444، 15 حزيران 1922 S.1922، 1، 200 - 16 آذار 1943، مصنف الاجتهادات الدوري، 1943، 1، 2289، تعليق P.VOIRIN؛ مجلة نصر العدل، 1943، 2، 16 - النقض التجاري في 19 أيار 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 121، صفحة 92 - النقض المدني، 28 آب 1940، D.C.1942، 130؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1940، II، 1578؛ تعليق VOIRIN؛ مجلة نصر العدل، 1940، 2، 93.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 184، صفحة 136؛ Dalloz 1988، صفحة 360، تعليق Chr.ATIAS et Chr.MOULY.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 59، صفحة 35.

(5) النقض المدني في 15 كانون الثاني 1918، Dalloz 1918، الدوري 1918، 1، 17 - النقض بمناسبة عريضة في 3 -

ما عدا وجود اشتراط صريح يثبت موافقة الخلف⁽¹⁾ أو وجود نص قانوني خاص⁽²⁾، فدين عدم المناصفة ليس إذاً، من حيث المبدأ، قابلاً للانتقال إلى الخلف بصفة خاصة⁽³⁾. وفي ما يتعلق بالخلفاء بإيصال كلي تبدل المسألة أدق في الحل. فبمقتضى المادة 1122 من القانون المدني «يفترض أن يكون الاشتراط للذات وللورقة وللخلفاء إلا أن يكون العكس معبراً عنه أو ناتجاً عن طبيعة الاتفاقية». على أنه إذا اعتبرنا أن دين عدم المناصفة مرتبط جوهرياً بشخص المدين، فإن هذا الدين يرتدي وصف دين بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، وهو يسقط بالوفاة ولن يكون قابلاً للانتقال بقوة القانون⁽⁴⁾. بيد أنه من المشكوك فيه أن يتعلق الأمر بموجب مرتبط بالشخص كما يؤكد ذلك وصف الاتفاق الذي اعتمده الاجتهاد أحياناً كما سرى.

وهكذا يكون التعهد الشخصي بعدم المناصفة، ما دام أنه محدود إما في الزمان أو المكان، مشروعاً شرط عدم تجاوز حياة المدين، وإلا تعرض للبطلان - لذلك لم يكن من الممكن التأكيد أن التعهد الأبدي صحيح.

ويبدو، إضافة إلى ذلك، أن الاجتهاد الحالي يقبل أن تكون التحديدات في الزمان

= أيلول 1940، القانون الإداري 1941، 37، مصنف الاجتهادات الدوري، 1940، II، 1557، تعلين BECQUÉ. الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، III، رقم 163، صفحة 88؛ D.1989، 157، ملاحظة Ph.MALAUURIE. انظر LEPARGNEUR، De l'effet de la transmission de l'obligation au particulier des contrats générateurs et d'obligations relatifs bien transmis à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs et d'obligations relatifs bien transmis، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1924، صفحة 481.

(1) انظر حول المبدأ: النقض بمناسبة عريضة في 3 أيلول 1940، المذكور سابقاً - النقض بمناسبة عريضة في 16 تموز 1989، D.1989، 440، 1 - الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، III، رقم 15، صفحة 110؛ Dalloz 1971، 116 من الموجز؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، II، 16856، تعلين MOURGEON؛ مجلة قصر العدل، 1971، 1، 219، انظر في شأن اشتراط حمي، النقض بمناسبة عريضة في 17 شباط 1931 (القضية الثانية)، مجلة قصر العدل، 1931، 1، 663 - النقض التجاري في 21 كانون الأول 1960، النشرة المدنية، III، رقم 559، صفحة 455. الانتقال إلى الخلف يفسر بتقنية التفريغ عن هذا العقد، L.AYNÉS، La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في باريس، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ch.MALAUURIE رقم 222 ورقم 223، صفحة 162 وصفحة 163.

(2) انظر على سبيل المثال انتقال عقد التأمين في حالة التصرف بالشئ المؤمن، المادة L.1-120 والمادة L.11-121 من قانون التأمين؛ انظر حول هذه المسائل، M.PICARD et A.BESSON، les assurances terrestres، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، L.G.D.J.، 1982، تأليف A.BESSON، رقم 231 وما يليه، صفحة 363 وما يليها. انظر أيضاً انتقال عقد العمل في حال تمثيل الوضع القانوني للمستخدم، المادة L.12-120، قانون العمل.

(3) محكمة استئناف بواتييه 25 أيار 1936، S.1936، 2، 197؛ Dalloz الأسبوعي 1936، 355 - النقض بمناسبة عريضة في 18 تشرين الثاني 1946، مصنف الاجتهادات الدوري، 1947، II، 3854، تعلين BASTIAN.

(4) انظر بهذا المعنى النقض بمناسبة عريضة في 2 آذار 1936، المجلة الاجتماعية، 1937، 157، انظر التعلين Sirey، 1928، 2، 215.

والمكان جمعية وليست تخيرية - وقد حكمت الغرفة التجارية في حكم بتاريخ 4 أيار، 1993 بأن «محكمة الاستئناف أوردت بصواب أن المنع الذي نص عليه بند عدم المنافسة ينبغي أن يقدر على وجه صحيح وأن جعله سويماً يجب أن يكون مراقباً في الزمان وفي المكان بالنسبة إلى الدور الذي يقوم به»⁽¹⁾. ومن المعروف أن تعبير «بصواب» يعني أن محكمة النقض أجرت رقابة قانونية. واستخدام حرف العطف «و» ليس حياًدياً. يضاف إلى ذلك أن هذا الحكم يحوي إرشاداً آخر حول معايير صحة البند؛ والوظيفة المتوقعة به لها أهميتها، وينبغي أن تكون منسجمة مع مبدأ حرية المنافسة.

وتأكيد هذا التطور ناتج عن حكم 4 كانون الثاني 1994⁽²⁾. كان أحد العقود يتضمن بند عدم المنافسة الذي يمنح استثمار نشاط سيارة أجرة بشكل مباشر أو غير مباشر. وهذا البند كان محدداً زمنياً وجغرافياً. ولم يقيّد المدين بهذا البند فقضاء الدائن بالعلل والضرر، فإدائته محكمة استئناف قُرساي بحجة «أن البند المنازع فيه في القضية الراهنة محدد في الزمان والمكان». وقد نقضت الغرفة التجارية هذا الحكم المحال إليها استناداً إلى المادة 50 من الأمر الاشتراعي رقم 47 - 1483، تاريخ 30 حزيران 1945 لأن «محكمة الاستئناف، بتقريرها على هذا النحو، بدون البحث، كما كان مطلوباً منها، عما إذا كان البند موضوع النزاع، حتى المحدد في الزمان والمكان، لم يكن متبايناً تجاه موضوع العقد، لم تخطئ قرارها الأساس القانوني»، ولا يمكن إلا التشديد على أهمية هذا الحل. إنه بالفعل، ولو كان قد صدر في ظل الأمر الاشتراعي لعام 1945 (الملغى) - يمكن أن يعتبر صحيحاً في ظل الأمر الاشتراعي الحالي في أول كانون الأول 1986 الذي تستعيد مادته السابقة وما يليها المادة 50 التي استندت إليها محكمة النقض في جوهرها. إذن ثمة معيار ثالث يضاف إلى المعيارين التقليديين لصحة البند الذي يبدو طابعه الجمعي مؤكداً. والمسألة المتعلقة بتأييد بند عدم المنافسة تبدو من غير الواجب طرحها في المستقبل.

إن الطابع الجمعي المحدود الزمان والمكان، تجاه قصدية البند، يمكن تفسيره وتوضيحه. وإن يكون البند غير المحدود زماناً ومكاناً غير قابل للفهم إلا تجاه موضوع العقد طالما أنه مسوّغ بتجديده في الزمان. وهناك أيضاً مجازفة في رؤية الحماية الممنوحة للمدين بالبدن ترد ضده. ويقود البحث عن التوازن بين المصالح المتضادة بالتالي إلى ضرورة التحديد في الزمان.

بيد أنه إذا كان ممنوعاً على من هو أهل للحق أن يتعاقد على تعهد أبدي، وبالتالي إلزام الأشخاص التاليين للمستقبل بصفة شخصية، حتى عمرية، فمن المسموح له إنشاء

(1) 4 أيار 1993، النشرة المدنية، TV رقم 172، صفحة 120. انظر أيضاً حول الطابع الجمعي، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 نيسان 1993، النشرة المدنية، III، رقم 52، صفحة 33، 1993 Deloz، صفحة 115 من التقرير، غير أن مسألة الطابع التخييري أو الجمعي لم تكن مطروحة في الحقيقة.

(2) النشرة المدنية، TV، رقم 4، صفحة 4.

ارتفاق، أي إنشاء عبء عيني يثقل ما لا لصالح شخص آخر. وتنص المادة 686 من القانون المدني على ما يلي: «يُسمح للمالكين أن يقيموا على أملاكهم أو لصالح هذه الأملاك ارتفاقات كهذه وفقاً لما يشاؤون، شرط أن لا تكون هذه الارتفاقات مفروضة على الشخص ولا لصالح الشخص، وإنما على العقار وحسب ولصالحه شرط أن لا تتعارض هذه الارتفاقات مع الانضمام العام». وقد حُكم، استناداً إلى هذا النص، بأن بنداً يمنع على أي شاغل أو مكنسب ملكية غير أن ينشئ فيه مرآباً ويستثمره أو مركز خدمة هو مشروع. وقد قررت محكمة الاستئناف عكس ذلك ورفضت تطبيق المادة 686 وطُبقت عن خطأ قانون 2 - 17 آذار 1991⁽¹⁾.

191 - بنود عدم المنافسة المدخلة في عقود العمل⁽²⁾.

حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بأن «بنود عدم المنافسة المدخل في عقد عمل مشروع إذا كان لا يتعدى على حرية العمل بسبب امتداده في الزمان وفي المكان، مع الأخذ في الحسبان طبيعة نشاط الأجير، يكون غير مشروع بمقدار هذا التمدد»⁽³⁾. وتحديدات الزمان والمكان في عرف الغرفة الاجتماعية ليست إذاً تقييدية وإنما جمعية. وقد أخذت الغرفة التجارية من جهتها⁽⁴⁾ بأن غياب التحديد في الزمان يكفي لكي يؤدي

(1) النقض التجاري في 15 تموز 1987، المذكور سابقاً.

(2) انظر: LINDON, Validité de la clause de non-concurrence dans les contrats de louage de services: مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، 1، 1593 - Y.SERRA, Dix années de jurisprudence en matière de non-concurrence en droit du travail, in Dix ans de droit de l'entreprise, 1978، صفحة 636 - Litec obligation de non-concurrence et autres clauses contractuelles, in Informatique et relations de travail, منشورات Economica، 1966، صفحة 171 - G.VITRASSAMY, Les limites à l'informatique, sur les affaires d'une entreprise, المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1988، صفحة 202 وما يليها - J.AMJEI-DONAT, Les clauses de non-concurrence en droit du travail, منشورات Litec، 1988، رقم 14 وما يليه - P.BRONNERT, La clause de non-concurrence dans le contrat de travail، المروحة في ليرن III، 1974، صفحة 49 وما يليها - Y.SERRA, L'obligation de non-concurrence، أطروحة في منشورات Sirey، 1970، مقدمة J.M.MOUSERON.

(3) النقض الاجتماعي في 25 أيلول 1991، النشرة المدنية، ٧، رقم 379، صفحة 235، Dalloz 1991، صفحة 241 من التقرير - 11 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، ٧، رقم 459، صفحة 278، 13 تشرين الأول 1988، Dalloz 1989، صفحة 123، تعليق Y.SERRA، النشرة المدنية، ٧، رقم 494، صفحة 320. وبالمعنى عينه النقض الاجتماعي، 4 آذار، 1970، النشرة المدنية، ٧، صفحة 121 - 10 أيار 1972، النشرة المدنية، ٧، صفحة 322. قبلت الغرفة الاجتماعية، بعد أن أكدت المبدأ، صحة البند غير المحدد في المكان ولكنه محدد في الزمان بسبب سلك المدين بموجب عدم المنافسة. انظر نقيض ذلك: النقض الاجتماعي، 27 حزيران 1984، النشرة المدنية، ٧، رقم 269، صفحة 204، Dalloz 1985، صفحة 151، التقرير ملاحظة Y.SERRA.

(4) النقض المدني، 22 أيار 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 172، صفحة 143، Dalloz 1985، صفحة 151 من التقرير، ملاحظة SERRA. النقض التجاري في 18 كانون الأول 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 340، صفحة 267. أضف إلى ذلك: بالمعنى عينه النقض المدني في 18 حزيران 1945، Dalloz 1954، =

إلى إبطال البند طالما أن مفعوله وضع الأجير القديم في حالة يستحيل عليه أن يزاوِل نشاطه بشكل طبيعي. وهناك ما هو أكثر من ذلك. أن بنداً محدداً في الزمان وإنما يقود إلى نتيجة كهذه هو باطل أيضاً: وهكذا يبدو أن الفقرة التجارية⁽¹⁾ تقيم بشكل مباشر وزناً لخطورة عرقلة نشاطات المدنيين، بدون تطلب تحديد مزدوج في الزمان والمكان على أن الاستحالة ينبغي أن تكون مطلقة، أي أن تضع المدين بموجب عدم المنافسة في استحالة قيامه بالعمل، على اعتبار أن هذا المدين لم يعد في وسعه مزاولته من أخرى بالنظر إلى صفاته المهنية⁽²⁾.

ويبدو، بالنسبة إلى تشكيلي محكمة النقض، أن معيار صحة بند عدم المنافسة يكمن في المفعول الناتج أكثر مما هو في هذه الأوضاع. ويتعلق الأمر بمعرفة ما إذا كان البند يمرض بشكل خطير جداً المبدأ الجوهرى لحرية العمل للخطر⁽³⁾. إن عامل الزمان في هذه الرزية ليس سوى عنصر تقدير بين غيره من العناصر.

يضاف إلى ذلك أن الفقرة الاجتماعية في محكمة النقض فرضت شرطاً إضافياً لصحة هذه البنود. يجب أن يكون لا غنى عنه لحماية مصالح المؤسسة المشروعة⁽⁴⁾. وينبغي

■ 332 - النقض المدني في 27 تشرين الأول 1936 مجلة قصر العدل، 1936، 2، 837 - 26 آذار 1928، مجلة قصر العدل، 1928، 1، 1705 Dalloz 1930، 145، تعليق PIC الناقد: Sirey 1928، 1، 204.

(1) النقض التجاري، 15 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 304، صفحة 205. وبالمعنى عنه النقض بمناسبة عريضة في 17 أيار 1911، Sirey 1913، 1، 253. وكذلك النقض المدني، 19 كانون الأول 1960، Dalloz 61، 511 - وعلى نقيض ذلك النقض المدني، 26 آذار 1928 المذكور سابقاً.

(2) انظر: G. CAS et R. BOUT، Lamy droit économique، concurrence distribution، consommation، 1989، رقم 476.

(3) النقض الاجتماعي، 6 آذار 1985، 1985، Dalloz 1985، صفحة 476 من التقرير، ملاحظة Y. SERRA - 31 آذار 1981 (حكمان)، النشرة المدنية، V، رقم 282 ورقم 283، صفحة 209 وصفحة 210 Dalloz 1982، صفحة 202 من التقرير، ملاحظة Y. SERRA - 9 تموز 1985، 1986، Dalloz 1986، صفحة 341 من التقرير، ملاحظة Y. SERRA - لارن بالنقض التجاري في 2 نيسان 1979، المجلة الفصلية للمانون المدني، 1979، صفحة 812، ملاحظة G. CORNU (غير منشور في الجريدة الرسمية). الاشتراط الذي يتمتع فيه مهنتس ستشار تجاه مستخدمه بعدم استعمال أسلوب تقني وعدم نشره بدون تحديد زمان ومكان هو مشروع طالما أنه لا يمنع صاحب العلاقة من مزاولته مهنة - انظر أيضاً النقض الاجتماعي في 11 تشرين الأول 1990 المذكور سابقاً والذي، بعد أن ذكر تطلب تحديد مزدوج في الزمان والمكان، يضيف أن البند الذي لا يمنع الأجير من مزاولته نشاطه المهني بصورة مطلقة هو صحيح. وبصورة أوضح أيضاً النقض الاجتماعي، 4 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، II، رقم 607، صفحة 367: ما دام أن محكمة الاستئناف تبين أن الأجير يحتفظ بإمكانية مزاولته نشاطات متوافقة مع تأهيله وغيره المهنية، فإنها التفتير أن بند عدم المنافسة مشروع - الفقرة المدنية الأولى، 16 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، I، رقم 314، صفحة 206، في صدد بند عدم منافسة جزأح.

(4) النقض الاجتماعي في 14 أيار 1992، النشرة المدنية، V، رقم 309، صفحة 193. يبين التقرير السنوي لمحكمة النقض لعام 1992 فإن الأمر لا يتعلق بتحضير بند كهذه وإنما بتجنب أن يرى أجراء لا يتمكنون، بسبب متوهم التسلسلي أو مجال نشاطهم، من الحصول على معلومات هامة، إمكانات استخدامهم محدودة بدون تسوية حقيقي (صفحة 247).

بالتأكيد أن يقارن هذا الحل بالتطور الذي يمكن التحقق منه في ما يتعلق ببند عدم المنافسة التي تفرض تقليداً لحرية المقابلة⁽¹⁾. إنه يلجأ بشكل معقول إلى الإلهام عنه، وبالتالي ترسم بين هذين النموذجين من البند وحدة نظام..
إن دين عدم المنافسة غير قابل للانتقال بسبب طابعه الشخصي الصرف⁽²⁾.

III - محاولة تركيب

192 - الأحكام الخاصة التي تلزم التعاقد الأبدي هي إبراز لمبدأ عام مبني على المنفعة الاجتماعية للعقد ومقتضاء يجب أن لا يكون لمدة تنفيذه مفعول التخلي عن الحرية على الأقل من قسم منها.

ينبغي في أول الأمر التحديد أن عيب التأيد لا يمكن الأخذ به إلا أن يكون ثمة موجب حقيقي ناشئ وحالي بين شخصين أو أكثر. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 4 حزيران 1991 «بأن اشتراط شرط موقف بدون أجل محدد لا يضي على الموجب طابعاً أبدياً» وهكذا يبقى العقد طيلة عدم تحقق الشرط⁽³⁾. وهذا الحل ترجمة ملموسة لنظرية الشرط. وبالفعل يستدعي الموجب السبرم في هذه الكيفية، حسب تعبير السيد Taisne، «عدم وجود حقوق يولدها العقد تحت شرط معلق»⁽⁴⁾. وبالتالي من المنطقي الاعتراف بأن عيب التأيد لا يمكن أن يفسد موجباً كهذا، طالما أن هذا الموجب غير موجود بعد، حتى ولو كان الدائن مع وجود الشرط يملك بعض الامتيازات حتى قدوم الفوت أو تخلفه.
وعليه تكون التعهدات الأبدية - التي يربد الفريقان أن تكون قابلة للانتقال إلى ما لا نهاية له - محظرة. فالمادة 686 من القانون المدني المذكورة آنفاً تمنع إنشاء ارتفاق، أي إنشاء حق عيني تابع منذور إلى التأيد بوجه آخر غير «تعلق بالعقار أو من أجل العقار»، ذلك بأن الحقوق العينية وحدها يمكن أن تنشأ بالتأيد لأنها لا تفسد حرية الأفراد. ومنع إنشاء ارتفاق «الشخص أو لمصلحة أحد الأشخاص» ترجمة محسوسة لمبادئ الحرية والكرامة الإنسانية⁽⁵⁾، وأي شكل استبعاد يناقض المبادئ الأساسية للجمهورية. ولا يمكن أن يصبح

(1) انظر الرقم 190 السابق.

(2) انظر G.CAS et R.BOUT، المذكورين سابقاً، رقم 484.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 حزيران 1991، النشرة المدنية، I، رقم 180، صفحة 116، D.1992، صفحة 170، تعليق M. O.GAIN.

(4) La notion de condition dans les actes juridiques. أطروحة في ليل II، طبع على الآلة الكاتبة، 1977، صفحة 400.

(5) ما له مدلول ملاحظة أن هذه المبادئ هي التي سوّغت إبطال التعهدات المتخلفة من قبل شريكي العملية لمصالح شركات تعاونية لمدة خمسين سنة. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 27 نيسان 1978 «النشرة المدنية، I، رقم 161، صفحة 128» بأن «كل شريك في شركات رأس المال المتغير بإمكانه الانسحاب من الشركة عندما يرى ذلك مناسباً، إلا في حال وجود اتفاقية معاكسة، وأن أنظمة =

من هو أهل للحق موضوع حق. ويمكن أيضاً التفكير في أن المنفعة الاجتماعية تشكل عبية أمام إبرام اتفاقيات أبدية (عقد عمل، لإجراءات قابلة للانتقال بدون تجديده الخ...) لأن هذه الاتفاقيات، بتجديدها أوضاعاً قانونية، هي عائق أمام تكوين تبادلات جديدة، وكتيجة لذلك أمام إنشاء ثروة وتقلها.

والقاعدة تشكل على وجه العموم عبية أمام إبرام عقود لمدى الحياة. فالتأييد بالفعل مبدأ نسبي⁽¹⁾، ولا يمكن تقديره إلا تجاه الحياة البشرية.

وقد تمت مراجعة محكمة النقض في 5 آذار 1968⁽²⁾، حول صحة عقد أعطى بموجب رسم «لمدة غير محددة» وكالة حصرية ببيع لوحاته مقابل عمولة قدرها 49%، وتعهد الوكيل بتنظيم معارض الإنتاج وتأمين حد أدنى للمبيعات بمبلغ ألف فرنك شهرياً. وكان قضاء الأساس، لإعلان صحة العقد، قد قدروا أن تعبير «مدة غير محددة» جرى استعماله في غير موضعه، وكان يجب أن يفهم منه «مدة غير معينة». وقد جرى نقض الحكم لشروبه الأجل الواضحة والدقيقة للاتفاقية. وهذا يعني التأكيد بالضرورة أن التعهد غير المحدد، بالنظر إلى أنه طيلة حياة الرسام أو الوكيل، كان يماثل تعهداً أبدياً. وعلان العقد كان مفروضاً إذن، إذ قيد الفريقان حريتهما في نسبة جعلت العقد غير مفيد اجتماعياً.

وكان يجب التأييد قد أخذ به أيضاً في فرضية خاصة حيث قيد أحد المتعاقدين حريته باختياره، وهذا ما حكمت به الغرفة التجارية في محكمة النقض في 3 كانون الثاني 1989⁽³⁾.

كانت شركة Léonard، في 18 تشرين الأول 1975، قد أبرمت مع شركة Cofratel اتفاقية تعهدت فيها هذه الشركة الأخيرة بتأمين خدمة تجهيزات هاتفية. وكانت مدة الاتفاقية خمس عشرة سنة. وورد فيها، إضافة إلى بند ضمني بالتجديد، بند بموجبه «تستعيد الاتفاقية مدتها بالنسبة إلى الشبكة بكاملها ابتداء من تاريخ يتناول فيه الإيجار الأساسي زيادة تفوق 25% بنتيجة زيادة تجهيز أو عدة تجهيزات وبنسبة أدنى أيضاً في حالة استبدال المعدات بسبب الضم». وبالتالي يمكن أن يتابع العقد، بمفعول هذا البند في العقد، إلى ما لا نهاية له لمدة خمس عشرة سنة ما دام أن المستفيد من التجهيزات الهاتفية قد طلب التكيف مع تطور

- الشركات يمكن أن تحدد ممارسة هذا الحق وإنما فقط بالمقياس المنسجم مع احترام الحرية الفردية. وبالتالي نقضت المحكمة الحال إليها الذي أخذ بأن تعهد شريك في العملية لمدة خمسين سنة كان سليماً لأن «تعهد كهذا سراً لفترة من الزمان تعادل أو تفوق المدة الوسطية للحياة المهنية لا يحترم الحرية الفردية لمن المترم به». انظر في الاتجاه عينه الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية I، رقم 53، صفحة 34.

- (1) انظر G.AZEMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 20، صفحة 15.
- (2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 آذار، 1968، النشرة المدنية، I، رقم 85، صفحة 168 مصنف الاتجاهات النوروي، 1968، II، 15525، تطبيق R.L.، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، ملاحظة G.CORNU.
- (3) النشرة المدنية، IV، رقم 3، صفحة 2.

الحاجات أو التقنية. ثم نقضت شركة Leonard هذا العقد في عام 1984. فقاضتها شركة Cofratel لدفع التعويض المتفق عليه في حالة تحقيق مسبق. فردت محكمة استئناف باريس هذا الاستئناف بحجة أن العقد كان باطلاً لاحتوائه البند المشار إليه سابقاً الذي كان هو ذاته باطلاً لأنه فرض مدة غير محددة على موجبات الفريقين بدون أن يكون في وسع أحدهما أن يضع نهاية له بعد زمان معين. وقد بنت محكمة الاستئناف حكمها على واقع أن الإيجار لا يمكن أن ينعق من موجباته إلا بقبول الحفاظ على التجهيزات الأولية في حالتها وبالتالي قبول أن تكون غير مؤهلة لتقديم الخدمات التي أنشئت من أجلها في الإيجار. وردت محكمة النقض الطعن الذي يتسكك فقط بوسيلة دعم مستخرجة من أن محكمة الإستئناف حكمت استناداً إلى اعتبارات عامة وقهرضية. ويمكن التقدير بالفعل إن هذا الحكم يترجم مفهوماً توسعياً لمبدأ التأييد. كانت هناك حقاً إمكانية أمام المستأجر لوضع نهاية للاتفاقية. ومنفعة العقد الاجتماعية هي التي كانت تسوّغ الإبطال في الواقع. وبما أن عدم وجود منفعة للاتفاقية ليس يعد ذاته سبباً للبطلان، فإن التحقق وحده من عيب التأييد كان يتيح الوصول إلى النتيجة المنشودة: إبطال العقد.

وقد تمسكت الغرفة التجارية بمذهبها في مناسبة نزاع يعرض صحة شرط مماثل تماماً للخطر. ففي 3 تشرين الثاني 1992 ردت طعناً قُدم لها بحجة أن «الحكم بين أن المستأجر، عند عدوله عن أي تعديل للتجهيزات الهاتفية مدة خمس عشرة سنة، مع أن الأمر يتعلق بمعدات في تطور تقني مستمر، وإلى منع نفسه هكذا من أي تكيف مع حاجاته المتغيرة بالضرورة، كما يبين ذلك الملحق التعديلي أو الإضافي الموقع في أول نيسان 1986، أصبح ملزماً، بمفعول المادة 6، بموجبات تجاه شركة Tellnor لمدة يمكن أن تستمر إلى ما لا نهاية له»⁽¹⁾.

وتحظر التعهدات الأبدية أخيراً لم يعد مسوّغاً بالخشية من العودة إلى النظام القديم وإنما بعدم وجود منفعة اجتماعية للعقد الأبدى، مما يسوّغ، عند الاقتضاء، تلطيف مبدأ التأييد ذاته.

على أن بعض العقود لمدة طويلة جداً تتوافق مع المنفعة العامة (إيجار معقود طيلة حياة المّوَجَر مثلاً). وينبغي أن لا يغيب عن البال أن العقد هو أداة يعاقبها القانون لأنها تتيح عمليات مفيدة اجتماعياً ومتوافقة مع المنفعة العامة، أي المصلحة العامة. وبالتالي لا يتردد القانون الوضعي في الاعتراف بفعالية هذه العقود لمدة طويلة جداً. غير أن عددها يبقى محدوداً.

وفي عرف السيد Azema «أساس التعهد الأبدى يبدو أقل فأقل كحماية للمنفعة العامة وأكثر من ذلك للحرية الفردية». واستنتج من ذلك أن البطلان النسبي، إذا كان البطلان

(1) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 3 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 339، صفحة 242.

المطلق يتوافق تماماً مع الأساس المقرر سابقاً للتحضير، يبدو على العكس أكثر ملاءمة بكثير للأساس المتوافق على أنه معترف به اليوم⁽¹⁾. صحيح أنه لم يعد هناك ما نخشى منه العودة اليوم، حتى الجزئية، إلى النظام الإنطاقي. بيد أن حماية الحرية الفردية تعود، في هذا المجال، إلى المصلحة العامة. فالطابع الأبدي متناقض مع منفعة العقد الاجتماعية. وهذا العقد، كأداة مميزة للتبادل الاقتصادي، يجب أن لا يصبح وسيلة لتجميد النشاطات والأشياء خلال مدة مفرطة. وتفرض منفعة العقد الاجتماعية مدة تنفيذ مفيدة، إلا أنها تمنع أيضاً مدة أبدية هي مصدر شيخوخة التبادل الاقتصادي. والحكم الصادر في 3 كانون الثاني 1989 المشار إليه آنفاً هو برهان بهذا المعنى فالمصلحة العامة، في هذه الرؤية، تتعايش مع حماية المصلحة الفردية وتسوّغ أن يكون البطلان المطلق عقوبة التعهدات الأبدية⁽²⁾.

الفقرة 2 - تحديد المدة للسلطوي

193 - يتم التحديد السلطوي لمدة تنفيذ العقد في اتجاه الحد الأقصى المسموح به أو بالعكس في اتجاه حد أدنى مفروض.

I - يفرض القانون حداً أقصى

194 - لا يشكل التحديد القانوني لمدة العقد القصوى علة أمام إبرام عقد لمدة غير

محددة.

عندما ينظم القانون مدة العقود القصوى فذلك للمصلحة العامة، أي لمصلحة الأشخاص الثلاثين بصورة أساسية، أو مصلحة المتعاقدين وحدهم، أو أخيراً لمصلحة أحد الفريقين⁽³⁾. وقدوم الأجل، المحدد تاريخه قانوناً، يتيح للفريقين استعادة حريتهم. ويظهر تحديد مدة تنفيذ العقود إذاً كتدبير معدّ أساساً لحماية الحرية الفردية أو الجماعية، ولا سيما في مظهره كتثقل للأموال. وفي ما يتعلق بالعقود لمدة غير محددة⁽⁴⁾ تتأمن الحرية بالاعتراف بحق فسخ العقد الأحادي الجانب. وينجم عن هذه التحقيقات أن التنظيم السلطوي لمدة العقد القصوى ليس من شأنه وحده تحفيز العقد لمدة غير محددة⁽⁵⁾.

فالمادة 1873 - 3 من الفقرة الأولى، من القانون المدني تمنع اتفاقيات الشيوخ لمدة محددة إذا تجاوزت خمس سنوات. بيد أن الفقرة 2 من النص عينه تسمح صراحة بالاتفاقيات

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 32، صفحة 25.

(2) انظر تلاميذ المقد.

(3) AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 38، صفحة 30.

(4) انظر الرقم 238 اللاحق وما يليه.

(5) انظر بهذا المعنى L.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 453.

لمدة غير محددة، مبنية - وذلك لم يكن مفيداً - أن: «القسم، في هذه الحالة يمكن طلبها في أي وقت شرط أن لا يكون ذلك عن سوء نية أو كعائق».

ويمكن أن تكون الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بالعمل لمدة محددة أو غير محددة، إلا أنه: «عندما يبرم الاتفاق أو الاتفاقية لمدة محددة، لا يمكن أن تكون هذه المدة لأكثر من خمس سنوات» (المادة 132-6L من قانون العمل).

وبين هذان المثالان أن وجود حد أقصى لا يشكل عقبة أمام مبدأ العقد لمدة غير محددة.

195 - يمكن أن يستبعد العقد لمدة محددة، في بعض الحالات، إبرام عقود لمدة غير محددة.

تنص المادة 132-19L من قانون الملكية الفكرية على أن «عقد التمثيل (أو النيابة) يبرم لمدة محددة أو لعدد محدد من الاتصال الجمهور والطريقان حران في تحديد مدة عقد التمثيل وإنما عليهما قهراً تحديده في الزمان. والمشرع بدلاً من أن يفرض سلطوياً حداً أقصى ترك هذا الأمر إلى الفريقين وإنما استبعد بذلك إمكانية إبرام عقد لمدة غير محددة.

وهناك ما يدعو إلى الأخذ بتحليل مماثل بالنسبة إلى إيجار الجكر الحكمي، إذ تعين المادة 451-1L من القانون الريفي بأنه يعقد لمدة بين ثماني عشرة وتسعين سنة ولا يمكن تجديده ضمناً. والمادة 251 - 1 من قانون البناء والإسكان تحوي نصاً مماثلاً بالنسبة إلى الإيجار للبناء.

إن منع العقد لمدة غير محددة مفهوم طالما أن في الذهن حداً أقصى مسموحاً به يتوافق كذلك مع منح أحد الفريقين، الأكثر تبعية، حداً أدنى. ولا يتعلق الأمر إذاً بحماية حرية المتعاقدين وحسب، وإنما أيضاً تأمين أمن معين مع الشرك للفريقين إichاد توازن بين هذه الأوامر. والطريقة المستخدمة أكثر مرونة من الطريقة المرتكزة على فرض مدة دنيا سلطوياً تستبعد أي تكتف للعقد مع الأوضاع الخاصة⁽¹⁾.

وغياب تحديد مدة العقد الذي ينبغي أن يكون قهراً بين حدين أقصى وأدنى لا يمكن منطقياً أن يعاقب بالبطلان⁽²⁾. فليس في ومع القاضي أن يحل محل الفريقين لإكمال العقد. على أنه يمكن الاعتراف له بسلطة تحديد الأجل بالإسناد إلى نية الفريقين المشتركة وعن طريق قرآن واقعية للإنسان. يمكن إذاً التفكير في أن البطلان لا يستقيم إلا أن يكون من المستحيل تحديد مدة العقد أو أن يظهر أن الفريقين أرادا إبرام عقد لمدة غير محددة.

وجرى التمسك بأن إبرام عقود لمدة غير محددة ممنوع في الأوضاع التي يوسمها قانون

(1) انظر الرقم 188 اللاحق وما يليه.

(2) انظر بهذا المعنى في شأن معاقبة المادة 44 L، 11 آذار 1857، J.PETEL، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 442.

12 تموز 1990 حول عقود العمل المؤقتة لمدة محددة. بيد أن هذا التأكيد لا يبدو أنه أخذ في الحسبان وجود العقد لمدة غير محددة والقرائن الموجودة في هذه المادة. وسيتم تفحص هذه المسألة في صدد هذه المسائل⁽¹⁾.

196 - التطور التشريعي

بحري القانون المدني لعام 1894 بعض النصوص التي تحدد مدة العقود. فالمادة 815، الفقرة 2، كانت تمنع اتفاقيات الشيوخ لمدة تتجاوز خمس سنوات والمادة 1660 كانت تحدد الفترة التي يمكن فيها ممارسة إمكانية استرداد المبيع. وبمقتضى المادة 619: «حق الانتفاع غير الممنوح للأفراد لا يدوم إلا لثلاثين سنة»⁽²⁾.

والتطور موسوم بزيادة ثابتة لتنظيم مدة العقود القصوى.

وهكذا حدد قانون 14 تشرين الأول 1943 (المادة الأولى)⁽³⁾ - وهو من الانتظام العام - بعشر سنوات كحد أقصى لصحة أي بند حصري يلتزم فيه الشاري، أو المتفرغ له، أو مستأجر أموال منقولة، تجاه بائعه المتفرغ أو المورد بعدم استعمال أشياء شبيهة أو تكميلية من مورد آخر⁽⁴⁾. والمادة 19-132 من قانون الملكية الفكرية تحدد في فقرتها الثالثة بخمس سنوات مدة عقد التمثيل الحصري لإنتاج الفكر. وقانون 24 تموز 1966 (المادة 2) يحدد أن مدة شركة تجارية لا يمكن أن تتجاوز تسعة وتسعين عاماً. وقد امتثلت القاعدة إلى الشركات جميعاً في قانون 4 كانون الثاني 1978 الذي عدل المادة 1838 من القانون المدني. وحدد قانون 2 كانون الثاني 1970 (المادة 7) ومرسومه التطبيقي بتاريخ 20 تموز 1972 (المادة 76) قهراً مدة الوكالة الحصرية الممثلة لوكيل عقاري⁽⁵⁾. وتنص المادة 3 - 2 من مرسوم 30 أيلول 1953 على ما يلي: «بإمكان الفريقين، لدى دخول المستأجر إلى الأماكن» الشذوذ عن أحكام هذا المرسوم شرط أن يكون الإيجار مبرماً لمدة تساوي سنتين على الأكثر».

(1) انظر الرقم 201 اللاحق.

(2) يمكن أيضاً الاستشهاد بالمادة 595 من القانون المدني التي كانت تنظم مدة الإيجار الذي يوافق عليه المنتج بحق الانتفاع بالرجوع إلى أحكام الأنظمة الزوجية. كان الوصي خاضعاً لهذه الأحكام حينها، انظر حول هذه المسألة AZÉMA، الأطروحة الأتفة المذكور رقم 82 وما يليه، صفحة 48 وما يليها.

(3) انقضى التجاري في 25 آذار 1974، النشرة المدنية، IV، رقم 106، صفحة 85.

(4) انظر حول هذا النص، G.S.VARASSAMY، Les contrats de dépendance، Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique (L.G.D.J.، 1986)، المقدمة J.GHESTIN، I، رقم 273، G.CAS et R.BOUT، Lamy droit économique Concurrence، Distribution، consommation، 1989، رقم 3318 وما يليه. انظر بالنسبة إلى تعريف بند الحصرية، الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 كانون الأول 1985، النشرة المدنية، I، رقم 342، صفحة 308.

(5) انظر حول التعليق في الزمان لوكالات الحصرية قبل قانون 1970، J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 159 وما يليه.

197 - اختيار المعاينة: البطلان أو التخفيض⁽¹⁾

يحدد القانون استثنائياً طبيعة المعاينة. فالمادة 1660، الفقرة 2 من القانون المدني تأخذ بأنه إذا كانت إمكانية استرداد المبيع مبرمة لمدة تفوق المدة المسموح بها فإنها تخفف إلى خمس سنوات. ولكن ما هو القرار في حال عدم وجود نص قانوني؟

ثمة حلان من الممكن مواجهتهما: البطلان والتخفيض. كان التخفيض معتمداً لبعض الوقت لتطبيق قانون 14 تشرين الأول 1943⁽²⁾. غير أن الغرفة التجارية في محكمة النقض أخذت، في حكم بتاريخ 7 نيسان 1992، بالبطلان المطلق كعقوبة، استناداً إلى المادة الأولى من قانون 14 تشرين الأول 1943 والمادة 1388 من القانون المدني، وحكمت بأن «العقد المبطل بطلاناً مطلقاً، يكونها مجردة من وجود قانوني، ليست قابلة للتأكيد»⁽³⁾. وحكمت محكمة النقض، في شأن الوكالة الحصرية التي ينظمها قانون 2 كانون الثاني 1970 بأن «الاتفاقيات من أي طبيعة كانت والمتعلقة على وجه الخصوص بشراء عقارات ومؤسسات تجارية أنشأها أشخاص يفرغون اعتبارياً لهذه العمليات أو يقدمون مساعدتهم فيها هي باطلة عندما لا تشمل على تحديدات لمغاييلها في الزمان»⁽⁴⁾. بيد أن تلطيفاً جرى على هذه القاعدة عندما تحوي الوكالة بنداً ضمياً بالتجديد. والبطلان التي تتعرض له محدود. فقد حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 20 تشرين الأول 1987، «بأن الوكالة الحصرية للبحث عن مكتب، ملكية المعقودة مع مبنى في الشأن العقاري لمدة ثلاثة أشهر من حيث المبدأ وإنما محددة بعد ذلك إلى ما لا نهاية له بتجديد ضمني، باستثناء مدة الأشهر الثلاثة هذه، محددة في الزمان، وبالتالي تتعرض إذاً، بالنسبة إلى كل ما يتجاوز هذه المهلة، للبطلان الوارد في النص الأول من هذين النصوص»⁽⁵⁾. وفي 19 أيار 1990 حكمت الغرفة ذاتها بأن وكالة حصرية تشمل على بند ضمني بالتجديد لمدة سنة فقط هو محدد مما يجعل الوكالة صحيحة⁽⁶⁾.

ولا تنص المادة 1844، 10 من القانون المدني ولا المادة 360 من قانون 24 تموز 1966، في مجال الشركات، صراحة على بطلان شركة مدتها تتجاوز تسعة وتسعين عاماً.

(1) انظر تلامي المقد.

(2) النقض التجاري، 11 آذار 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 135، صفحة 105.

(3) مجلة أبحاث القانون الإداري، 1992، رقم 440، صفحة 353.

(4) الغرفة المدنية الأولى، 22 نيسان 1986، النشرة المدنية، I، رقم 92، صفحة 92.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 226، صفحة 193. وفي الاتجاه عكس، الغرفة المدنية الأولى، 10 حزيران 1987، النشرة المدنية، I، رقم 184، صفحة 137 - 12 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 3، صفحة 2 المدنية، I، رقم 235، صفحة 224 - 22 أيار 1985، النشرة المدنية، I، رقم 159، صفحة 145 - 16 تشرين الأول 1985، النشرة المدنية، I، رقم 262، صفحة 234. انظر Ph. REMY، ملاحظة في المجلة القضائية للقانون المدني، 1983، صفحة 355 وصفحة 356.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 96، صفحة 70.

ويبدو أن العقوبة المناسبة هي تخفيض المدة إلى الحد الأقصى القانوني المسموح به. وقيم الاجتهاد بشكل عام وزناً لهدف القاعدة من أجل تكييف العقوبة. وهذا المسمى تجريبي بالطبع.

وهكذا يكتفي الاجتهاد مثلاً، بدلاً من إبطال شرط عدم المنافسة، برفض تطبيقه عن طريق استبعاد دعاوى التعويض المبينة على انتهاكه، بملاحظة أن البند المنازع فيه لا يمكن أن يمنع قانوناً التصرفات المعلنون فيها⁽¹⁾.

ليس هناك أخيراً أي قاعدة عامة تعاقب انتهاك المدة القصوى.

II - يفرض القانون حداً أدنى

198 - قصدية الحد الأدنى المفروض.

«حدد القانون الليبرالي حداً أدنى لصالح الحرية، وأنشأ القانون المعاصر هنا وهناك مدة دنيا لصالح الأمن»⁽²⁾. وهكذا بشكل تتطلب المدة الدنيا بالضرورة عقبة أمام العقد لمدة غير محددة⁽³⁾، والبحث عن أمن أكبر عن طريق تبني «حد أدنى»، المفضل أحياناً بوجود مجموعات ضغط، مرئي على وجه الخصوص في مجال الإجراءات.

ويبين السيد Azéma في عام 1969، عقدين فرض القانون في صدهما حداً أدنى: الإيجار الريفي (المادة 1.1 L5-411 اليوم من القانون الريفي⁽⁴⁾) وللإيجار التجاري (المرسوم رقم 83، 960، تاريخ 30 أيلول 1953 المعدل)⁽⁵⁾. ثم أصبحت القائمة طويلة منذ ذلك الوقت.

وقد عرّف قانون التوجيه العقاري رقم 67 - 1253، تاريخ 30 كانون الأول 1967 عقد التفريغ العقاري بتعيين أنه «يمنع شخصاً يسمى المتفرغ له حق التمتع لمدة عشرين سنة كحد أدنى» (المادة 48).

ونص القانون رقم 82 - 526، تاريخ 22 حزيران 1982، المسمى قانون Quillot المتعلق بالإجراءات لاستعمال سكني أو لاستعمال سكني ومهني، والملحق بالقانون رقم 86 - 1290، تاريخ 23 كانون الأول 1986، المسمى قانون Méhaignerie (المادة 55)،

(1) انظر تلاميذ العقد.

(2) GARBONNIER, Obligations، الفقرة 140.

(3) JAZÉMA، الأطروحة المنشهد بها سابقاً، رقم 173.

(4) تعين المادة L4-411 من القانون الريفي أن الإجراءات الريفية يجب أن تكون خطية. «تعتبر الإجراءات البعثة شفهيًا، في حال وجود مستند خطي مسجل قبل 13 تموز 1946، قبل هذا التاريخ أو بعده، أنها معقودة لتسع سنوات بالبنود والشروط المحددة في العقد النموذجي الذي حددته اللجنة الاستشارية للإجراءات الريفية». وتشكل المادتان 410 - L40 و L45-411 امتثالا، لبيان المدة الأمرة لتسع سنوات.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 68 وما يليه، صفحة 51 وما يليه.

باستثناء المواد 76 و78 و81 و82، على أن الإيجار كان مبرماً لمدة دنيا قدرها 6 سنوات، أو عندما يكون المؤجر شخصاً طبيعياً لمدة ثلاث سنوات. وينص قانون عام 1986 الأقل إكراهاً على أن عقد الإيجار يبرم لمدة ثلاث سنوات على الأقل (المادة 9، الفقرة 1). وقد ألغى القانون رقم 89 - 462، تاريخ 6 تموز 1989، هذا القانون. أما في ما يخص بعبء الإيجار فقد استعاد القانون الجديد بلا قيد أو شرط مبادئ قانون Quilliot⁽¹⁾. ومنذ وقت أحدث منح بعض الفنانين الاستفادة من «الملكية التجارية»⁽²⁾.

199 - المعاقبة المناسبة الوحيدة هي وضع العقد في توافق، أي استبدال نص نظامي بالبدل غير النظامي.

القوانين المشار إليها هي من الانتظام العام. وغالباً ما يتعلق الأمر بالانتظام العام الاقتصادي للحماية. وهذه القوانين لا تحظر على الفريقين النص على مدة تفوق المدة القانونية، وإنما تمتع على الفريقين النص على مدة أقل. والضمان الأفضل للفعالية القانون ليس البطلان إذن، وإنما توافق العقد مع الأحكام القانونية. فالقاضي يتحقق من بطلان البند ويستبدل به النص القانوني⁽³⁾. والحكم ببطلان العقد الذي لا يتجاوب مع التطلب القانوني له مفعول حرمان الفريق المحمي من الأحكام التي تُسنّ لصالحه. ويكفي لحرمان القانون من أي فعالية إبرام عقود تحوي اشتراطات غير قانونية عن تبصر.

وقد حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 15 آذار 1983. بأن مدة ست سنوات لإيجار مزرعة في محافظات ما وراء البحار التي فرضتها المادة 2 من قانون 17 كانون الأول من 1983 كانت من الانتظام العام⁽⁴⁾، واستنتجت من ذلك أن البند المشروط عند إبرام العقد - الذي تجدد في هذه القضية - الذي بمقتضاه بإمكان المتأجر وضع نهاية للإيجار بعد السنوات الثلاث الأولى كان غير قانوني. وكان من الواجب إذا الإعلان أنه غير خطي. وكان الحكم ملفتاً ذلك بأن المؤجر في القضية المعنية هو الذي يملك بطلان البند المنازع فيه.

يتعلق الأمر إذاً ببطلان مطلق استناداً إلى قاعدة تعود إلى الانتظام العام للإدارة. بيد أنه ينبغي الأخذ في الحسبان أن هذا التشريع كان يهدف بشكل أساسي إلى تحقيق إصلاح زراعي حقيقي في محافظات ما وراء البحار مما يهيم التنظيم الاقتصادي والاجتماعي وكذلك الانتظام العام للإدارة.

(1) من المعروف أن قانون عام 1989 مرتبط بتغير الأثرية السياسية. وقانون عام 1986 كان هو ذاته معللاً باعتبارات سياسية بشكل أساسي، وقانون عام 1982 غامض للمتنطق عينه. يبقى إذاً انتظار التغير التالي للأثرية السياسية لسعة المدة الاحتمالية الجديدة لإيجارات الاستعمال الكنتي أو الاستعمال المستلطف.

(2) المادة 3 من القانون رقم 88 - 18، تاريخ 5 كانون الثاني 1988، التي أضافت الفقرة 6 على المادة 2 من مرسوم 30 كانون الأول 1953.

(3) انظر تلاشي المند.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 آذار 1983، الشرة المدنية، III، رقم 75، صفحة 60.

الفقرة 3 - القرائن

200 - مدة تنفيذ العقد تشترك بالضرورة في عقود التنفيذ المتعاقب أو التنفيذ المتدرج، في تحديد الحصة النسبية للتقديمات المتأدلة. يمكن إذا الاستنتاج أنه ينبغي على الفريقين، من حيث المبدأ، أن يحددا مدة تعهدهما⁽¹⁾. والمسألة غير مطروحة بالطبع في ما يتعلق بعقد التنفيذ الفوري.

على أن ثمة اتفاقيات عديدة لا تنص صراحة على مدة تنفيذها. وتفحص بعض الاشتراطات يتبع مع ذلك تحديد الطبيعة المحددة أو غير المحددة لمدة التعهد. وهكذا حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في قانون العمل، في 27 آذار 1991⁽²⁾ وبأن محكمة الاستئناف التي بينت أن العقد كان يحوي بند عدول من قبل كل من الفريقين، قررت بصواب أن العقد كان لمدة غير محددة. وليس هذا الحل خاصاً بعقد العمل. وبالفعل طالما أن الفريقين لم يوردا مدة عقدهما وإنما عيّنا أن كلاً منهما بإمكانه وضع نهاية له في أي وقت، فهما في الحقيقة نضاً على حق أحادي الجانب في الفسخ وذلك من جوهر العقدة لمدة محددة⁽³⁾.

غير أنه يمكن التساؤل، حيال صمت الفريقين، وفي غياب الشك، عما إذا كان العقد يخالف المادة 1129 من القانون المدني التي بمقتضاها ينبغي أن يكون النصيب في الشيء قابلاً للتحديد على الأقل. وقد سبق أن رأينا أنه لا يمكن الادعاء، بصورة عامة، أن العقد لمدة غير محددة يؤدي إلى عدم تحديد الكميات الموعود بها بمعنى المادة 1129⁽⁴⁾.

بإمكان القاضي، في غياب اشتراط صريح، تحديد مدة العقد بواسطة أنماط إثبات مماثلة⁽⁵⁾. وعليه أن يبحث عن طريق تفسير نية الفريقين المشتركة. وهكذا بإمكان القاضي الأخذ - بسيادة - بأن العقد الشفهي هو لمدة غير محددة⁽⁶⁾ أو لمدة محددة⁽⁷⁾. إذن بإمكان المحاكم، تقليدياً، الرجوع إلى العناصر الموضوعية ولا سيما إلى العادات. وقد نقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 15 تشرين الأول 1985⁽⁸⁾.

(1) انظر تكوين العقد، رقم 692، ورقم 693.

(2) النشرة المدنية، V، رقم 154، صفحة 196 1982-3، R.R.J.، صفحة 861، تعليق C.ROY-LOUSTAUNAU.

(3) إذا كان أحد المتعاقدين وحده يملك حق الإنهاء الأحادي الجانب يكون العقد باطلاً لأنه يكون أبدياً من جانب واحد وإرادياً.

(4) انظر الرقم 179 السابق.

(5) انظر على سبيل المثال؛ في مجال الإيجارات، النفس المدني في 15 كانون الأول 1911، يوميات الكتابة العدل، 1912، البند 30317، صفحة 215. انظر الرقم 202 اللاحق.

(6) النفس التجاري، 7 تموز 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 288، صفحة 235.

(7) النفس التجاري، 13 حزيران 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 184، صفحة 140.

(8) النشرة المدنية، I، رقم 259، صفحة 232.

حكماً أكد الطابع العمري لقرض لاستعمال قطعة أرض، بحجة أنه لم يكن من الممكن نقله إلى ورثة المستفيدين، «بدون البحث... عما كانت نية الفريقين المشتركة بالنسبة إلى مدة القرض». وإذا بدأ هذا التحديد مستحيلاً بإمكان القاضي، على ما يبدو، أن يحل محل الفريقين، وعليه الحكم بطلان العقد. وفي الحالة المماثلة يحدد بنفسه نصيب التقديرات. وقد حكمت محكمة النقض بأنه لا يمكن أن يكون ثمة إيجار سليم في حال عدم وجود اتفاق حول مدة العقد. ليس هناك إيجار ولا وعد بالإيجار ما دام لم يتم الاتفاق على أي بدل إيجار حتى لم يناقشه الفريقان وهما لم يتفحصا مدة الإيجار⁽¹⁾. ويقتضي بيان أن محكمة النقض أوردت أنه لم يكن هناك أي سعر محدد، فالاتفاق كان إذاً غير تام على وجه الخصوص. وقد جرى تبني الحل أيضاً في عقود أخرى غير عقود الإيجار.

وأعلن وزير التجارة والحرفية، جواباً على سؤال خطي للنايب I-L.Masson، أن العقود الناشئة عن اقتراحات صادرة عن مؤسسات بيع كتب بالمراسلة، تتناول شراء المجلد الأول من مجموعة أو موسوعة بدون تحديد عدد المجلدات المعدة للشراء في النهاية، هي غير صحيحة. ولاحظ أنه لن يكون ثمة اتفاق على الثمن طالما أن البائع وحده يعرف مدة العهد الذي التزم به الشاري في آونة توقيع العقد⁽²⁾. أن تأثير مدة العهد هنا في الثمن هو الذي يسوّغ الإبطال. بيد أن هذا الإبطال كان يمكن أن يكون مسوّغاً بصورة أصح بالرجوع إلى كمية المجلدات المباعة.

إن البطلان لعدم تحديد الموضوع والتمن بغرض بالآخرى عندما تكون مدة العقد، المبرمة ظاهرياً لمدة محددة، تتوقف في الواقع على الإرادة التصفية للفريق الآخر⁽³⁾. ويأخذ القانون الوضعي، في غياب اشتراط المدة، استثنائياً بقرائن عدم التحديد. وهو يأخذ بصورة أعم بوجود آجال قابلة للتحديد.

I - قرائن عدم التحديد

201 - في قانون العمل⁽⁴⁾.

حكمت محكمة النقض، في إطار قانون العمل، قبل قانون 3 كانون الثاني 1979⁽⁵⁾ والأمر الاشتراعي في 5 شباط 1982⁽⁶⁾ المعدل بالأمر الاشتراعي في 11 آب 1986، بأن

(1) النقض التجاري، 23 شباط 1967، النشرة المدنية، III، رقم 88، صفحة 84 - الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1962، النشرة المدنية، III، رقم 459، صفحة 388.

(2) البريدة الرسمية، الجمعية الوطنية، 18 آب 1980.

(3) انظر الرقم 210، اللاحق وما يليه.

(4) انظر G.POULAIN، La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée.

أطروحة في L.G.D.J.، باريس، 1971، مقدمة H.SINAY.

(5) Dalloz، 1978، صفحة 50.

(6) Dalloz، 1982، صفحة 80.

«عقد العمل يعتبر مبرماً لمدة غير محددة، وعلى الفريق الذي يتسكك بالمدة المحددة للمتعهّد أن يثبت الكيفية التي أثارها»⁽¹⁾. إنها أدخلت إذاً بقرينة عدم التحديد. وليس من الأكيد أنه يمكن استنتاج مبدأ عام من هذا الحكم⁽²⁾، ما دام من الصحيح أن قانون العمل يتميز، بصورة عامة، عن القانون العام (droit commun) من أجل تأمين حماية الأجراء.

وفي سبيل هذا الهدف أصبح القانون الوضعي يحظر، من حيث المبدأ، اللجوء إلى عقد العمل لمدة محددة.

كانت المادة 1-122. من قانون العمل، في صياغتها الناجمة عن الأمر الاشتراعي رقم 86 - 948، تاريخ 11 آب 1986، تنص على أن «عقد العمل لمدة محددة يمكن إبرامه لتنفيذ مهمة معينة. ولا يمكن أن يكون موضوعه تأمين وتغطية مرتبطة دائماً بنشاط عادي ودائم للمؤسسة». وأضافت الفقرة 2: «يجب أن يحوي عقد العمل لمدة محددة، مع مراعاة أحكام المادة 1-122.1، أجلاً محدداً بدقة منذ إبرامه». وعينت المادة 1-122.3-1. أن المقدّر، عند عدم وجود عقد خطي، يفترض أنه مبرم لمدة غير محددة، وكانت المادة 1-122.3-3. تنص على أن «كل عقد مبرم مع العلم بأحكام المواد 1-122.1 و 1-122.3-1 و 1-122.3-3. لا يمكن أن يبرم لأجل محدد». وتعتبر المادة 1-122.3-3. غير محددة.

ثم عدل قانون 12 تموز 1990 من جديد شروط عقد العمل لمدة محددة ونظامه.

وتنص المادة 1-122.1 من قانون العمل اليوم على أن «عقد العمل لمدة محددة لا يمكن أن يكون موضوعه تأمين وتغطية دائمة مرتبطة بالنشاط العادي والدائم للمؤسسة». وتضيف الفقرة 2: «مع مراعاة المادة 1-122.2، لا يمكن أن يبرم إلا لتنفيذ مهمة معينة وموقّعة وفي الحالات المحددة في المادة 1-122.1». وتعين المادة 1-122.1 أن «عقد العمل لمدة محددة ينبغي إثباته خطياً ويجب أن يتضمن التحديد الدقيق للدافع إليه، وإلا اعتبر معقوداً لمدة غير محددة. ويقتضي أن يحوي على وجه الخصوص... تاريخ استحقاق الأجل وعند الانقضاء يند تجديد عندما لا يتضمن أجلاً معيناً - المدة الدنيا التي أبرم بمقتضاها عندما لا يشمل على أجل محدد».

وقد تم إكمال المادة 1-122.3-1 الجديدة بإضافة أحكام جديدة على قائمة الأحكام التي يجعل التذكّر لها العقد لمدة غير محددة - واليوم «كل عقد مبرم يشترط لأحكام المواد 1-122.1 و 1-122.2 و 1-122.3 و 1-122.3-1 و 1-122.3-3. الفقرة الأولى و 1-122.3-3. يعتبر لمدة غير محددة».

(1) النقص الاجتماعي، 8 تموز 1943، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة C.I.، 1943، IV، 184، الفانون الاجتماعي، 1944، صفحة 34.

(2) على نقض ذلك: J. AZÉMA، الأطروحة الآتية الذكر، رقم 85، صفحة 66 وما يليها، الذي يستشهد أيضاً بحكم محكمة استئناف باريس في 14 شباط 1962، D. 1962، 514، تعليق HÉMARÉ مبرماً من نفسه أن المقصود هو حل ضمنى.

وحدد الاجتهاد في ظل الأحكام الناجمة عن الأمر الاشتراعي بتاريخ 5 شباط 1982، أن عقد العمل، المبرم في أول كانون الثاني 1983 والذي ينص على تلاشي مع تالية المهمة الموكولة إلى الأجير لا يتجاوب مع تطلب الدقة التي يفرضها القانون⁽¹⁾. إن وجود أجل قابل للتحديد، في عرف الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، بسبب طبيعة المهمة المنوطة بالأجير، غير كافٍ لتمييز وجود عقد العمل لمدة محددة⁽²⁾، على عكس ما تمسك به الطعن. وكما كتب السيد Virassamy في أطروحته حول عقد التبعية، «عدم مراعاة الأحكام القانونية، ولا سيما تحرير مستند خطي وتحديد الأجل بدقة، نتيجته أن يؤدي إلى إنشاء قرينة عدم تحديد مدة العقد»⁽³⁾.

وتجدر الملاحظة أن المادة 122-1، في صياغتها في عام 1982، تحدد صراحة أن المدة التامة للعقد يجب أن تحدد منذ إبرامه. وقد حذفت هذه الدقة بالأمر الاشتراعي لعام 1986. يمكن إذاً الشك في أن الحل الذي أخذ به الحكم المستشهد به يطبق أيضاً في ظل الأمر الاشتراعي لعام 1986. بيد أن محكمة النقض أخذت فقط لدفع قرارها بالرد، بأن الاتفاقية «لم تكن متوافقة مع متطلبات المادة 122 - 1 من قانون العمل التي تنص على أن العقد لمدة محددة ينبغي أن يتضمن أجلاً محدداً بدقة منذ إبرامه، بدون إبراز تطلب المدة التامة لتنفيذ العقد، ويبدو أن الحل الذي اعتمدته الغرفة الاجتماعية صحيح دائماً في ظل نصوص عام 1986»⁽⁴⁾.

وقد تم تفسير هذه الحلول بالأخذ بأن تحديد حق اللجوء إلى عقد العمل لمدة محددة وقرينة عدم التحديد⁽⁵⁾ هما قاعدتان معدّتان لتأمين حماية فئة من المتعاقدين «في حالة تبعية

(1) النقض الاجتماعي في 18 حزيران 1987، النشرة المدنية، 7، رقم 400، صفحة 253.

(2) قارن بالنقض المدني، 18 أيار 1909، Dalloz الدوري 1910، 1، 46، الذي حكم بأن العقد المبرم مع رب العمل، بسبب طبيعة العمل - على أساس القطعة - الذي قام به العامل، ينبغي أن يعتبر أنه ينتهي مع صنع كل كمية من السلع. في 8 شباط 1913 حكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض: «بأن محكمة سين، والأمر يتعلق بأشغال قطع، حكمت بصواب أن هناك في القضية عقوداً متعاقبة وأشغالاً معدة للتحقيق» (Dalloz الدوري 1914، 1، 214).

(3) G.VIRASSAMY, Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique، أطروحة في باريس، L.G.D.J، 1986، مقدمة J.GHESTIN، رقم 269، صفحة 208.

(4) انظر حول وضع الاجتهاد المتعلق بوصف عقد العمل لمدة غير محددة بسبب الطبيعة القاسية للأجل، قبل عام 1979، POULAIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 38 وما يليه، صفحة 31 وما يليها. وبعد دراسة شاملة للاجتهاد غلبت المولف إلى أنه: «إذا تم إدخال أقل عدم تحديد، ولا سيما من طريق إمكانية أحد الفريقين في استمرار العلاقات بعدم تقدم الأجل، أو عندما يكون لإرادة الفريق الآخر مفعول في الأجل، يجب أن يصح الطابع المحدد. وهذا واضح على وجه الخصوص في حالة العقود المبرمة «لمدة أشغال الورشة»، وهي عقود يمكن فيها أن تدخل لإرادة المستفيد، ويمكن للأجير فيها على الأغصان الاحتفاظ بأجل البقاء في خدمة المؤسسة» (رقم 41، صفحة 35 وصفحة 36).

(5) انظر بالنسبة إلى تطبيق حديث، النقض الاجتماعي في 5 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، 7، رقم =

اقتصادية» حسب صيغة السيد Virassamy. وغياب اشتراط مدة معينة غير ممكن إلا في الحالات المبينة في المادة 122-1. أي عندما يبرم العقد لتأمين مكان الأجير المتغيب أو الذي يكون عقده معلقاً، بالنسبة إلى وظائف ذات الطابع الفعلي أو وظائف في القطاع الذي ليس من العادة اللجوء فيه إلى عقد لمدة غير محددة، مع الملاحظة أن قائمة هذه القطاعات ينبغي أن توضع بمرسوم أو باتفاقية واسعة.

وينبغي اعتبار الحلول القديمة صحيحة أيضاً. وبالفعل تنص المادة 122-1 - 2 من قانون العمل الجديد على أن «عقد العمل لمدة محددة يجب أن يتضمن أجلاً محدداً بدقة منذ إبرامه». وتعين المادة 122-3-13 في صيغتها الجديدة أن عدم مراعاة هذا النص من شأنها اعتبار العقد مبرماً لمدة غير محددة⁽¹⁾.

وقد أخذ أحد المؤلفين⁽²⁾ بأن اللجوء إلى عقد لمدة غير محددة ممنوع في الأوضاع الخاصة لقانون 12 تموز 1990. ويبين بهذا المعنى أن اختيار المستخدم للعقد لمدة غير محددة في هذه الفرضيات يتبع له، بالتعايل على القانون وعلى قصديته في حماية الأجراء، تجنب الأحكام الحامية الخاصة بعقد العمل لمدة محددة. ويضيف أن نهاية المهمة تشكل سبباً حقيقياً وجدياً لفسخ عقد العمل لمدة غير محددة مما يحرم الأجير من أي حماية حقيقية في نظام القانون العام (droit commun).

ويرتكز هذا التحليل في الحقيقة على التنكر لمماثلة الأجل القابل للتحديد بالأجل المحدد. فالأجير المستخدم لمهمة معينة يكون مستخدماً لمدة محددة تعادل أجلاً محدداً. وفي هذه الحالة إما أن يكون المستخدم قد راضى الموجبات الناتجة عن قانون 2 تموز 1990 فيخضع لنظام هذا القانون، وإما أن لا يكون قد راعاها فيخضع كلياً للقانون العام للعقود لمدة غير محددة بدون أن يكون بإمكانه في أي شكل التدرع بأن العمل الموكول إلى الأجير

550، صفحة 416. انظر المادة 122-10-3 L (الأمر الاشتراعي في 11 آب 1986) من قانون العمل الذي يأخذ بما يلي: «إذا كانت العلاقة العقدية مستمرة بعد استحقاق أجل العقد، فإن هذا العقد يصبح عقد عمل لمدة غير محددة». انظر في شأن أحد التطبيقات، النقص الاجتماعي في 17 كانون الأول 1985، انشرة المذنية V، رقم 621، صفحة 452، وقد صدر الحكم استناداً إلى المادة 121 - 1 L من قانون العمل، صياغة 3 كانون الثاني 1970 التي تنص على قاعدة مماثلة. قارن بالمادة 11 من القانون رقم 91 - 593 في 25 حزيران 1991، المتعلق بالوكلاء التجاريين التي تنص على تغيير عقد الوكيل التجاري لمدة محددة إلى عقد لمدة غير محددة عندما تكون العلاقات مستمرة بعد تقدم الأجل. انظر Lamy droit économique، concurrence distribution، 1988، تأليف G.CAS et R.BOUT، رقم 3101 ورقم 3140.

(1) انظر بالنسبة إلى تطبيق هذه الأحكام، حكم محكمة AIX، 12 كانون الثاني 1993، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، II، 2272، تعليق C.ROY-LOUSTAUNAU. انظر أيضاً حول الدور العلبي لإعادة الوصف، النسخة الاجتماعية، 22 حزيران 1993، D.1993، صفحة 692، تعليق C.ROY-LOUSTAUNAU.

(2) E.WAGNER، Le recours avec contrat à durée déterminée est-il obligatoire ou facultatif ? les petites affiches 10 كانون الثاني 1991، صفحة 5 وما يليها.

قد تحقق. وبعبارة أخرى يرتكز اقتصاد القانون الجديد كلياً على إقامة نظام استثنائي حام وشكلي لعقد العمل لمدة محددة. وعقوبة عدم مراعاة شروط الأساس والشكل للقانون تجرّد العقد من أهليته واعتباره لمدة غير محددة وخاصاً كلياً لهذا النظام من القانون العام. ويقدر فرض نظام العقد لمدة محددة بصفة عقوبة، كما يقترح هذا المؤلف، مباشرة ضد إوابلية المعاقبة التي أوجدها المشرع وهي بلا نزاع مجرد التجريد من الأهلية، ذلك بأن هذا التجريد ليس له دور إلا لصالح العقد لمدة غير محددة، وهو نظام من القانون العام، والزامي خارج استثناءات مقبولة تحت شروط الأساس والشكل التي فرضها قانون 12 تموز 1990 صراحة.

202 - في مدونة القانون المدني.

يأخذ بعض المؤلفين بقرينة عامة لعدم التحديد. ويبرهنون على ذلك انطلاقاً من قانون العمل⁽¹⁾. ويتسكون أيضاً بالحلول المقبولة في مجال الإيجارات وضيوف أحياناً أن قرينة عدم التحديد يتم إثباتها استناداً إلى نظرية التجديد الضمني التي يكون العقد الجديد المجدد على هذا النحو بمقتضاها مفترضاً أنه بدون تحديد المدة⁽²⁾. ويقضي بيان أن التسكن من طرح مبطل عدم تحديد المدة لم يكن عن طريق الاستقراء.

ويقارن السيد Bischoff الذي يضع نفسه في حقل وصف العقد، في غياب اشتراط الأجل، العقد الموقت، أي الاتفاقية العرضية التي يمكن أن يتم العدول عنها بالاختيار، بالعقد لمدة غير محددة، ويقدر أن الأمر يتعلق، عندما لا يكون الفريقان قد حددا اتفاقتهما في الزمان، بعقد لمدة غير محددة. وهكذا يخلص إلى ما يلي: «سكوت المتعاقدين عن وصف تعهدهما يقود بالتالي إلى اعتبار هذا التعهد انعقد نهائياً ولزماً غير محدد. ويفترض أن العقود المتعاقبة هي لمدة غير محددة»⁽³⁾. والأمثلة الوحيدة المقدمة ستخرجه دائماً من عقد إجازة الخدمات ومن عقد الإيجار.

إن الاستدلال ممرّض للنقد. فالقانون العام للإيجار لا ينص على أي قرينة عدم تحديد المدة. وينبغي في أول الأمر بيان أن القانون المدني يفرق بين الإيجار الخطي والإيجار الشفهي. والاصطلاح المستعمل الذي كان موضع نقد⁽⁴⁾ يجب تحديده بدقة. فالإيجار الخطي هو الإيجار الذي يحدد فيه الفريقان أجلاً، والإيجار الشفهي هو الذي لا يتضمن ذلك، على أنه يمكن أن يكون من الإصراف الاستنتاج من ذلك أن العقد الشفهي مفترض أنه

(1) H.ROLAND, Regards sur L'absence de terme extinctif dans les contrats successifs, Mélanges VOIRIN, صفحة 755 وما يليها.

(2) انظر الرقم 236 للاحق.

(3) La protection des engagements temporaires, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel دراسات في القانون الخاص بإدارة P.DURAND، وتقديمه L.G.D.J، 1960، صفحة 115.

(4) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français الجزء X، الطبعة الثانية، تأليف J.HAMEL, Fr.GJVORD et A.TUNC L.G.D.J، 1956، رقم 624، صفحة 809.

لمدة غير محددة⁽¹⁾. فالمادة 1736 من القانون المدني تنص على ما يلي: «إذا كان الإيجار بدون شئند خطي فلا يستطيع أحد الفريقين إخطار الفريق الآخر بالإخلاء إلا بمراجعة المهل المحددة لاستعمال الأماكن». وقد حكمت محكمة النقض، استناداً إلى هذا النص، بصورة واضحة تماماً بأن مدة الإيجار الشفهي، أياً كان الشئ، سواء أكان ثمة بدء بيئة خطية أم لا، لا يمكن إثباتها عن طريق الشهود ولا بالقرائن، وأن استعمال الأمكنة وحده يجب أن يكون صالحاً لتحديد هذه المدة⁽²⁾. وإرشاد هذا الحكم مزدوج.

إن النمط الوحيد لتحديد المقيول لمدة الإيجار هو عادة الأماكن⁽³⁾ في أول الأمر. ثم ينتج عن هذا الاجتهاد أن الإيجار الشفهي لا يفترض أنه مبهم لمدة غير محددة. ويكون كذلك فقط إذا كانت العادة على هذا النحو. ويكون في الحالة المعاكسة لمدة محددة، وعلى وجه أصح لمدة قابلة للتحديد. والإخطار المسلم للمستأجر يجب، ليكون صحيحاً، أن يراعي مدة الإيجار المحددة وفقاً للعادة. والإخطار، في فرضية إيجار لمدة غير محددة، يمكن تسليمه في أي وقت ويبدأ مفعوله في التاريخ الذي يختاره المؤجر، شرط أن لا تصرف عن سوء نية (المادة 1134 الفقرة 3). وفي فرضية الإيجار لمدة محددة لا يمكن للإخطار الذي يجب أن يسلم في تاريخ محدد بموجب العادات أن يسري مفعوله إلا عند انقضاء مدة العقد المحددة هي أيضاً بموجب العادات.

وفيما يتعلق بإيجار شقة مؤثقة يرجع القانون المدني كذلك إلى العادات. فالمادة 1758 تنص على ما يلي: «إذا لم يكن هناك تحقق من أن الإيجار لمدة معينة لسنوات أو أشهر أو أيام يفترض أن يكون الإيجار محدداً وفقاً للعادات». وقد جرى الأخذ، وإنما بدون تسريع، بأن هذه المادة تنص على قرينة عدم التحديد⁽⁴⁾. وهذا النص في الحقيقة واضح تماماً. فمدة إيجار شقة مؤثقة تحددها العادة في الأماكن. فيمكن إذاً، حسب الحالات، أن تكون مدته لمدة محددة أو غير محددة.

يمكن أيضاً الاستخلاص، على عكس الرأي المنتشر بصورة واسعة، أن الأحكام المتعلقة بالإيجار الشفهي من القانون العام (المادتان 1736 و1758 من القانون المدني) لم تنص على قرينة عدم تحديد. على أنه من الصحيح بيان أن الشوكة الاجتماعية في محكمة

(1) على نقض ذلك S.-C.GROSRIERE، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، V الإيجار، رقم 541 - PLANIOL et RIPERT، تأليف J.HAMEL، Fr GIVORD et A.TUNC، المرجع عنه.

(2) النقض المدني في 24 شباط 1948، S.1949، 1، 108، D.1948، 29. وبالمعنى عينه 28 تموز 1908، D.1908، 1، 461، S.1909، 1، 381. قارن بالمادة القديمة الكتاب 1 من قانون العمل. مدة إيجار الخدمات هي ما عدا إثبات اتفاقية معاكسة منظمة حسب عادات الأماكن. وقرينة عدم التحديد تسري في غياب المادة.

(3) لا تشمل المادة 1716 من القانون المدني إلا إثبات بدل الإيجار وليس مدته. انظر الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 آذار 1987، الشرة المدنية، III، رقم 54، صفحة 32.

(4) PLANIOL et RIPERT تأليف J.HAMEL، Fr GIVORD et A.TUNC، المرجع عنه رقم 625، صفحة 901.

النقض، لتطبيقات قانون أول أيلول 1948، حكمت «بأن التجديد الضمني، إلا أن يستغنى عن الإيجار قد أبرم لفترات متعاقبة، يتم لمدة غير محددة وليس لمدة محددة بسنة»⁽¹⁾. ولذلك جرى الطرح، من حيث المبدأ، أن إنشاء الإخطار كان خاصاً بال عقود غير محددة، وتم الاستنتاج من ذلك أن العقد الشفهي يجب أن يفترض لمدة غير محددة. ويلخص السيد Bischoff تماماً هذه الطريقة في الرؤية: «إن خاصية الإيجار لمدة محددة هي أن ينتهي بمجرد قدوم الأجل؛ فالإخطار هو مؤسسة متميزة للاتفاقيات لمدة غير محددة. يمكن إذا القول إن المستأجر، في الواقع، عندما يكون ثمة شك في طبيعة الإيجار الذي يربط المؤجر بالمستأجر، جرت معاملته كما لو أنه أبرم إيجاراً لمدة غير محددة. وهذا الوصف الأخير هو الذي ينتصر»⁽²⁾. بيد أن المؤلف، في بعض الصفحات اللاحقة⁽³⁾، يعترف بأن إرواية الإخطار ليست في تمانع مع التعهدات لمدة محددة، إذ يستخدم القانون الوضعي أحياناً هذه التقنية. وهذا هو الحال في مجال الإيجارات التجارية (المادة 5 والمادة 6 من مرسوم 30 أيلول 1953). وهكذا يفقد البرهان أي صلة بالموضوع على ما يبدو.

أما بالنسبة إلى التجديد الضمني فلأن الاجتهاد يبين أنه ليس ثمة أي قرينة عامة لعدم التحديد منصوص عليها في مجال الإيجارات⁽⁴⁾. وفي ما يختص بالإيجارات المدنية التي تعود إلى القانون العام فإن المادة 1738 تنص على ما يلي: «إذا بقي المستأجر حائزاً أو ترك حائزاً عند انقضاء الإيجارات الخطية يتم إيجار جديد تنظم مفعوله المادة المتعلقة بالإيجارات غير الخطية». يرم الإيجار الجديد إذاً لمدة تحدد وفقاً للعادات. والمادة 1959 هي أكثر وضوحاً: «إذا استمر مستأجر منزل أو شقة في تمتعه بعد انقضاء الإيجار الخطي بدون معارضة المؤجر يفترض أنه يشغلها بالشروط عينها، بالنسبة إلى الأجل الذي تحدده عادات الأماكن، ولا يمكن إخراجها أو طرده إلا بعد إخطار يوجه حسب المهلة المحددة في عادات الأماكن».

هذا هو مدى الحكم الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 12 شباط 1985 وبمقتضاه «لا يمكن أن تؤثر اشتراطات الإيجار الصنف في مدة الإيجار المجدد ضمناً الذي ينتهي في الأجل المحدد في عادات الأماكن، وعليه فإن الحكم الذي يأخذ بأن

(1) النقض الاجتماعي في 5 أيار 1961، النشرة المدنية IV، رقم 488، صفحة 379.

(2) المذكور آنفاً، صفحة 118.

(3) المذكور سابقاً، صفحة 132 وما يليها.

(4) على نقيض ذلك: J.AZÉMA، الأطروحة الألفية الذكر، رقم 298، صفحة 224 - PLANIOL et RIPERT، تأليف J.HAMÉL، Fr. GIVORD et A.TUNC، المرجع عينه، رقم 628، صفحة 906 - RIPERT et BOULANGER، الجزء III، 1958، رقم 1782، صفحة 582 - JULLIOT DE LA MORANDIERE، الجزء III، الطبعة الثانية، موسوعة Dalloz، 1965، رقم 162، صفحة 8 - J.C. GROSJEAN، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V الإيجار، 1987، رقم 671 - J.M.BISCHOFF، صفحة 132، إضافة إلى G.DERRUPÉ، ملاحظة في مجلة القانون العقاري، 1482، صفحة 280 وما يليها حول حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 حزيران 1981 غير المنشور في الجريدة الرسمية.

الإيجار الذي يربط الفريقين تمتد بالتجديد الضمني وفقاً للقواعد التي تسوس التعهدات غير الخطية هو مستوف قانوناً بسبب التسويغ هذا وحده⁽¹⁾. محكمة الاستئناف إذا طبقت بصواب المادة 1738 من القانون المدني. ولا يمكن الادعاء أن هذا الحكم أكد أن الإيجار الجديد كان مفترضاً لمدة غير محددة. إنه يؤيد فقط محكمة الاستئناف في أنها استندت إلى «الأجل المحدد في عادات الأماكن».

إن حكماً صدر في 29 أيار 1967⁽²⁾ هو واضح بصورة خاصة. فقد جرى الأخذ بأن الإخطار وحده وليس التجديد يجب أن يحدد حسب العادات المحلية. ومحكمة النقض استبعدت وسيلة الدعم بحجة «أن محكمة الاستئناف... بعد أن أعلنت أن مدة الإيجار المجدد هي المدة الناتجة عن عادات الأماكن أوردت في هذه القضية أن الإيجار الناتج عن التجديد الضمني مفعوله تأجير الشقة للدكتور Edelman سنوياً» وأن «الارملة السيدة Penet» بتوجيه إخطار قبل سبعة أشهر، راعت العادة المعمول بها في مقاطعة Allevard والمدة بمقتضاها هي ثلاثة أشهر للإيجارات المعقودة لسنة؟ وأن محكمة الاستئناف بالحكم على هذا النحو قررت بصواب إذ أجابت، لرد الطلبات التي تتمسك بادعاء مخالف، أن اشتراطات الإيجار الذي انقضى لا يمكن أن تؤثر في مدة التجديد الضمني التي حددها سنة. وهكذا أيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف في أنها حددت مدة التمديد الضمني بالرجوع إلى عادات الأماكن وليس إلى اشتراطات الإيجار الأولي الذي انقضى. وذلك إدانة للفرضية التي ندرس بالإجماع بأن مدة الإيجار المجدد ضمناً مفترضة لمدة غير محددة بالضرورة.

على أن ثمة مسألة تطرح. لعماداً بفرض القانون المدني تسليم المستأجر إخطاراً في حين أن الإيجار الشفهي الأولي أو المجدد ضمناً يمكن أن يقترن بأجل؟ إن قدوم الأجل بالفعل، حتى ولو كان قابلاً للتحديد وحسب، ينبغي أن يكفي لأن ينقطع الإيجار بحكم القانون عن إنتاج مفاعيله⁽³⁾.

ويمكن التقدير أن الإيجار يفترض أنه قابل للتجديد قانوناً. والشرط الضمني للتجديد مفترض، والإخطار، في هذه الرؤية، ليس سوى معارضة المؤجر حق الاعتراض على التمديد. إنه يبدي إرادته في عدم متابعة تنفيذ الإيجار خارج آجاله.

إن هذا التحليل يبين أن مجرد منع تجديد عقد بالتمديد الضمني استناداً إلى تقنية الإخطار متجانس تماماً مع اشتراط أجل صريح أو ضمني. وتبين دراسة الإيجار من القانون العام أخيراً أن القانون المدني لم يضع قرينة عدم التمديد وليس من الصحيح أن ثمة قرينة عامة لعدم التمديد.

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 شباط 1985، النشرة المدنية III، رقم 26، صفحة 19.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 أيار 1967، النشرة المدنية، I، رقم 185، صفحة 135.

(3) انظر على سبيل المثال الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 آذار 1972، النشرة المدنية، III، رقم 182، صفحة 130.

203 - في القانون التجاري

ينظم مرسوم 30 أيلول 1953 الأوضاع الناشئة عن التمديد الضمني والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى إبرام إيجار لمدة تساوي على الأكثر سنتين. إلا أنه إذا بقي المستأجر حائزاً أو جرى تركه حائزاً، عند انقضاء هذه المدة، يتم إيجار جديد ينظم مفعوله هذا المرسوم، أي أنه مبرم لمدة تسع سنوات، وقد طبقت محكمة النقض هذا النص في فرضيات كان العقد الأصلي ينص على مدة أقل من سنتين ويمدد للمدة عنها⁽¹⁾. وعقد اتفاقية إشغال موقت تال لفترة الإيجار الأولى ليس من شأنه منع التمديد الضمني الوارد في المادة 3 - 2⁽²⁾. وليس ثمة أي نص يتعارض مع أن يعدل المستأجر عن الاستفادة من التمديد الضمني المنظم شرعاً⁽³⁾. وישاء الاجتهاد أن يجعل نفسه حامي مصالح المستأجر وفقاً لطابع القانون الذي يعود إلى النظام العام للحماية. وأياً كان شأن وجهة النظر هذه ينبغي أن يشار إلى أن المشرع نص صراحة على مهلة الإيجار المجدد ضمناً.

وفي ما يتعلق بالإيجار التجاري «من القانون العام» تنص المادة 5، الفقرة 2، من مرسوم 30 أيلول 1953 غير الملغاة بقانون 12 أيار 1966⁽⁴⁾ على ما يلي: «ينابيع الإيجار الخطي، في حال عدم وجود إخطار، بالتمديد الضمني خارج المهلة التي حددها العقد، وفقاً للمادة 1738 من القانون المدني ومع التحفظات المتصوص عليها في الفقرة السابقة» (إخطار يسلم حسب العادات المحلية قبل ستة أشهر على الأقل). ويجب أن تكون مدة الإيجار المجدد، وفقاً للقانون العام، محددة وفقاً لعادة الأماكن.

على أن ذلك ليس الحل الذي اعتمدته محكمة النقض. فقد حكمت الغرفة التجارية في 7 تشرين الثاني 1963⁽⁵⁾ «بأن هذه المدة في حال توافق الفريقين على مبدأ التجديد، ولم يكن النزاع قد تناول إلا مدة الإيجار الجديد، يجب أن تكون مساوية للمدة العقدية للإيجار المنقضي، بدون إمكانية تجاوز تسع سنوات»⁽⁶⁾. وهذه القاعدة لا تطبق في حالة التمديد الضمني، إذ يكون الإيجار عند ذلك لمدة غير محددة⁽⁷⁾. وفي 12 حزيران⁽⁸⁾ و 21 تشرين

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 تشرين الثاني 1975، النشرة المدنية III، رقم 345، صفحة 261 - 8 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، III، رقم 136، صفحة 107.

(2) الغرفة المدنية الثالثة، 3 حزيران 1975، النشرة المدنية، III، رقم 186، صفحة 144.

(3) الغرفة المدنية الثالثة، 10 تموز 1973، النشرة المدنية، III، رقم 475، صفحة 346 - 20 شباط 1985، النشرة المدنية، III، رقم 30، صفحة 28.

(4) بهذا المعنى JJOURDAN-LAFARGE et P.LAFARGE، موسوعة Dalloz، الفهرس المدني، الطبعة الثانية، V، الإيجارات التجارية، 1993، رقم 27.

(5) النشرة المدنية، III، رقم 463، صفحة 388.

(6) المادة 7، في حينها السابقة لقانون 12 أيار 1966: «في حالة التجديد، ما عدا اتفاق الفريقين، يجب أن تكون مدة الإيجار الجديد مساوية للمدة العقدية للإيجار المنقضي ولا يمكن أن تكون أكثر من تسع سنوات».

(7) النشرة المدنية، III، رقم 250، صفحة 189.

الثاني 1974⁽¹⁾ أكدت الغرفة المدنية الثالثة من جديد المبدأ الذي بمقتضاه يجري التمهيد الضمني لمدة غير محددة⁽²⁾.

إنه حل مماثل للحل المعتمد لتطبيق المادة 7 من المرسوم في صيغته السابقة لقانون 12 أيار 1965 الذي ينظم تجديد الإيجار. وينبغي الافتراض أن المستأجر، عند انقضاء الإيجار الأصلي لتسع سنوات، قد ترك حائزاً وبصورة لاحقة يسلم المؤجر إخطاراً مع عرض التجديد. فما هي إذا مهلة الإيجار المجدد؟ حكمت محكمة النقض، لإفادة المستأجر من أطول مدة ممكنة (تسع سنوات كحد أقصى)، بأن الإيجار الممدد ضمناً كان لمدة غير محددة ما دام ليس هناك أي شرط في الإيجار الأولي يحدد عدد فترات التمهيد⁽³⁾. وهكذا كان بإمكان محكمة النقض أن تطبق بشكل توسعي القاعدة التي بمقتضاها، في حال تجديد إيجار تجاري لمدة غير محددة، تكون المدة العقدية للإيجار المتقضي التي تحدد مدة الإيجار الجديد المدة التي خلالها جرى تنفيذ الإيجار الشفهي بدران انقطاع الرابطة العقدية، في حدود الحد الأدنى لتسع سنوات.

ولم تعد المسألة مطروحة اليوم طالما أن المادة 7 التي تحيل إلى المادة 3 - 1 تفرض مدة دنيا للإيجار المجدد هي تسع سنوات. ونقطة معرفة ما إذا كان العقد الممدد هو غير محدد أم لا لم تعد لها أي فائدة في ما يتعلق بتحديد مدة الإيجار المجدد.

على أنه لم يكن من غير المعيد إثارة الاجتهاد. كان مؤجلاً بشكل رئيسي باعتبارات الملاءمة. فمصلحة المستأجر تنقلب على مصلحة المؤجر. ويتقضي التشديد أيضاً على أن مصلحة المؤجر، من أجل تطبيق المادة 5 من المرسوم، هي التي، تناقضياً، كانت لها الحظوة عند محكمة النقض. وبالفعل، بالتقرير أن العقد الممدد ضمناً هو لمدة غير محددة، بإمكان المؤجر وضع نهاية له في أي وقت شرط مراعاة قواعد الإخطار. ووضع المستأجر إذاً هو الذي يكون موقفاً، ويستمر تطبيق هذا الحل اليوم.

وينبغي أن نشير إلى حكم هام صدر في مجال عقود الامتياز الحاصر في البيع. فقد أخذت محكمة استئناف باريس في 28 نيسان 1983 بأن العقد الشفهي كان يربط السيد Pradler بشركة Sereset وأن هذا العقد يوصف بالامتياز الحصري. وكان السيد Pradler (مانع الامتياز) قد فسخ الاتفاقية. فطالب صاحب الامتياز بالاعتل والضرر، فاستجابت المحكمة لهذا الطلب. وجرى نقض هذا الحكم بحجة أن محكمة الاستئناف، بكونها لم

(1) النشرة المدنية، III، رقم 429، صفحة 330.

(2) كان السيد *Azema* قد اترح تحديد مدة الإيجار المجدد بتسع سنوات، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 175 ورقم 176، صفحة 136 وصفحة 137.

(3) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 أيار 1964، النشرة المدنية III، رقم 234، صفحة 189. 27 كانون الأول 1960، النشرة المدنية، III، رقم 434، صفحة 397. إضافة إلى: الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 تموز 1960، النشرة المدنية III، رقم 286، صفحة 264 - قارن بالحلول المبينة في السابق في قانون العمل، انظر G. POULAIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 88 وما يليه، صفحة 84 وما يليها.

تبحث عما إذا كان مانع الامتياز الذي كان يحق له وضع نهاية للعقد الشفهي لمنح الامتياز لمدة غير محددة بالضرورة لعدم اشتراط أجل قد راعى إخطاراً غير مفاجئ لكي يفسخ العقد، لم تعط حكمها الأساس القانوني⁽⁴⁾. ويتج بوضوح عن هذا الحكم أن القاعدة هي أن العقد الشفهي بالامتياز الحصري بالبيع هو لمدة غير محددة، مما يسمح بالفسخ الأحادي الجانب شرط مراعاة مهلة الإخطار.

204 - ملاءمة قرينة عامة لعدم التحديد بحكم القانون الذي يثبث الفريق تطبيقه عارض السيدان Azéma⁽²⁾ و Roland⁽³⁾، اللذان أخذوا بوجود قرينة عامة لعدم التحديد، قيمة قاعدة كهذه وملاءمتها.

وقد اندعش السيد Roland قائلاً: «أليس من الملفت ملاحظة أن قرينة عدم تحديد المدة، المؤكدة تقريباً على وجه الحصر في صدد عقد العمل وعقد الإيجار (هكذا)، قد هوجمت بعنف تماماً في أرضيتها وأن الاستثناءات التي يجيزها القانون أو العرف في هذا المجال عديدة بصورة شاذة⁽⁴⁾. لقد سبق أن رأينا أن القاعدة المتفق عليها لم تكن موجودة، والمسألة الوحيدة المطروحة هي مسألة معرفة ما إذا كان من الملائم، بحكم القانون الذي ينشده الفريقان، الأخذ بقرينة عدم تحديد ذات مدى عام.

ومن المناسب موضوعة النقاش تجاه المبادئ الموجهة لقانون العقود. هل أن الأخذ بقرينة عدم التحديد مفيد ومتوافق مع العدالة العقدية؟ إن عدم تحديد المدة عنصر هشاشة العقد بسبب الإمكانية المتروكة لكل فريق في الفسخ من جانب واحد. ويخشى أن تحرم العقد من منفعته. ومما له مدلوله التحقق من أن قرينة عدم التحديد أخذ بها قانون العمل لأن القانون نظم فيه حق الفسخ بإعطاء عقد العمل لمدة غير محددة منفعة اجتماعية رؤي أنها تفوق منفعة العقد لمدة محددة. أفلا ينبغي أن نستنتج من ذلك أن طبيعة القرينة يجب أن تتحدد بالنظر إلى المفيد؟ يمكن اعتقاد ذلك. فالتنظيم السلطوي لمدة بعض العقود⁽⁵⁾ يتوافق مع هذه الفكرة. ومن غير الملائم في هذه الرؤية طرح قرينة عامة لعدم التحديد. إن التفحص بحسب الفئات يتيح وحده اختيار طبيعة القرينة التي من الملائم الأخذ بها.

II - الأجل للقبلة للتحديد

205 - يكفي في العقود لمدة محددة، كما رأينا⁽⁶⁾، أن يكون الأجل، مع أنه غير محدد بشكل يقيني، قابلاً للتحديد بدون اتفاق جديد للإرادتين، ما دام أنه غير خاضع

(1) الفقرة التجارية في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1984، النشرة المدنية IV، رقم 332، صفحة 270.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 84 وما يليه.

(3) المقالة المذكورة سابقاً.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 758.

(5) انظر الرقم 193 السابق وما يليه.

(6) انظر الرقم 200 السابق.

للإرادة التمسفية لأحد الفريقين. فالأمر يتعلق إذاً بأجل غير معين وإنما قابل للتحديد، وبالتالي محدد بخلاف الأجل غير المحدد.

وهكذا تشكل الوفاة أجلاً مسقطاً قابلاً للتحديد، كما كان للفرقة التجارية في محكمة النقض مناسبة الحكم بذلك في 28 تشرين الأول 1992⁽¹⁾.

كان السيد Deroubaix، عضو مجلس إدارة شركة SGCC، قد انقطع عن وظائفه ليتفرغ للشركتين SGCC و UCSM، اللتين شغل فيهما منصب الرئيس في عام 1975. وقد ضمنت له شركة SGCC الشروط الخاصة بالتقاعد المعطى للملاكات العليا للحركة التعاونية في الفرضية التي لا تستطيع فيها الشركتان التي سيمارس فيهما نشاطه تأمين هذه المنفعة. وعند إحالته على التقاعد كان يستحيل على الشركتين SGCC و UCSM أن تدفع للسيد Deroubaix تقاعده، فطلب إلى شركة SGCC تنفيذ تعهدهما فرفضت ذلك بحجة أنه بسبب «خطورة وضع الحركة التعاونية لم يكن في وسعها أن تدفع له تكملة التقاعد».

لم يأخذ قضاة الأساس بادعاء شركة SGCC وحكموا عليها بتنفيذ موجبها. وتمسك الطعن بأن هذا الموجب «يشكل تعهد تنفيذ متعاقب، والتفديرات مضمونة لمدة غير محددة طالما أنها تعطى طيلة حياة السيد Deroubaix، وعند الانقضاء طيلة حياة زوجته، بحيث أن شركة GOC، تطبيقاً للمادة 1134، الفقرة 2 من القانون المدني، تستمتع، عند إساءة الاستعمال استناداً إلى الفقرة 3 من النص عينه، بإمكانية فسخ الموجب من جانب واحد، وأن محكمة الاستئناف، بالنكر لهذا الحق، انتهكت المادة 1134 من القانون المدني.

إن الفرقة الاجتماعية ردت سبب الدعم هذا بحجة «أن التعهد المحدد أجله يحدث يقيني، حتى ولو كان تاريخ تحققه مجهولاً، قد اتخذ لمدة محددة، ما دام أن هذا التحقق هو مستقل عن إرادة أحد الفريقين، وأن محكمة الاستئناف، في القضية الراهنة، بعد أن أبرزت أن المنفعة المعطاة يجب إعطاؤها للمستفيد طيلة حياته أو حتى وفاة زوجته الباقية على قيد الحياة بعده، أي حتى أجل يقيني لا يتوقف تحققه على إرادة أحد الفريقين، بالحكم بأن التعهد لم يكن من الممكن نسخه إلا برضا الفريقين المتبادل، قد سوّغت حكمها قانوناً».

كان الحدث اليقيني في هذه الحالة مكوّناً من وفاة الدائن بالموجب أو وفاة زوجته إذا بقيت على قيد الحياة بعد وفاته. ولا يهم أن يكون تاريخ الوفاة مجهولاً عند إبرام التعهد. إنه بالتالي حل مماثل تماماً للحل المعتمد في مادة الأجل الموقوف الذي جرى تبنيه⁽²⁾.

ويمكن، عند الإقتضاء، أن يكون هذا الأجل محدداً عن طريق تفسير إرادة الفريقين. ويمكن إكمال هذا التفسير بالإسناد إلى قوانين قانونية أو إلى قرائن من فعل الإنسان.

(1) النشرة المدنية، ٧، رقم 521، صفحة 1329؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، 1، 3660، صفحة 130، ملاحظة M.BILLIAU؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 355 وصفحة 356، ملاحظة J.MESTRE؛ Dalloz، 1993، صفحة 211 من الموجز، ملاحظة Ph. DELEBECQUE.

(2) انظر الرقم السابق.

١ - القرائن القانونية

206 - سن المشرع في مجال الإيجار بعض قرائن المدة لتكون بديلة عن صمت الفريقين. ونحن هنا أمام إظهار «المدة المفيدة للعقد. فإيجار المنقولات لتزوين المنزل يفترض أنها لمدة عادية في إيجارات المنازل... حسب عادة الأمكنة» (المادة 1757). والمادة 1774 من القانون المدني التي لم تعد مطبقة إلا استثنائياً بسبب الانتظام العام للمزارعة وأجرة الأرض الزراعية، تأخذ بأن «الإيجار غير الخطي لعقار ريفي يفترض أنه للوقت الضروري لكي يجني المستأجر ثمار الشجرة المؤجرة كلها. وهكذا يفترض أن يكون إيجار الأرض الزراعية لأحد الحقول، أو الكرمة أو أي عقار آخر تجني ثماره بكاملها خلال السنة، لمدة سنة. وإيجار الأراضي القابلة للزراعة التي تنقسم حسب التربة أو الفصل يفترض أنه بعدد سنوات مساوٍ لعدد الترات»⁽¹⁾.

وتنص المادة 1758 من القانون المدني على قرائن لمدة شقة مؤجرة تبعاً لمبلغ بدل الإيجار. وهكذا «يفترض الإيجار أن يكون لسنة عندما يعقد لسنة بكلاً في الشهر، وعندما يعقد بكلاً كل شهر، وباليوم عندما يكون بكلاً كل يوم». وفي غياب تحديدات دقيقة «يفترض في الإيجار أن يكون حسب عادة الأمكنة». وهذا النص غير المطبق في إيجار فندق مؤث لا يحوي أي أفضلية للقرائن وبإمكان قضاة الأساس الرجوع إلى عادة الأمكنة وظروف القضية لتحديد مدة الإيجار حتى ولو حدد الفريقان أن الإيجار بكلاً كل سنة⁽²⁾.

ونجزم، في قانون التأمينات، عن التنسيق بين المادتين L-12-112 و L-15-113 (المادة 5 من قانون 13 تموز 1930) أن مدة العقد يجب أن تحدد في وثيقة التأمين وأن تذكر بأحرف ظاهرة جذاً. وعدم ذكر المدة لا يعاقب بالبطالان⁽³⁾، وهذا ما عارضه السيد Azema بحجة أن المدة عنصر أساسي في العقد ولا يعود إلى القاضي أن يحددها لأن عقد التأمين لمدة غير محددة ممنوع⁽⁴⁾. ويرى مؤلفون آخرون أن المعاقبة المناسبة تقضي بافتراض أن العقد بدون تحديد المدة هو ميرم لسنة، وهي المدة القصوى للتמיד الضمني (المادة L-15-113، الفقرة 2)⁽⁵⁾.

(1) انظر *La durée des contrats successifs* J. AZÉMA، أطروحة في L.G.D.J. مقدمة P.NERSON، 1969، رقم 171، صفحة 133 و 134. بين هذا النص حسب المؤلف أن الإيجار الريفي لمدة غير محددة مستحيل.

(2) نفس بنسبة هريفة في 6 تشرين الثاني 1960، D.P.61، 170، I، D.P. 81.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1960، المجلة العامة للتأمينات البرية، 1961، الملاحقة A.B. - 11 تموز 1963، النشرة المدنية I، رقم 385، صفحة 330، المجلة العامة للتأمينات البرية 1964، صفحة 334، الملاحقة A.B. 1963، D.، صفحة 717؛ 1964، S.، صفحة 10 - 14 تشرين الثاني 1979، النشرة المدنية I، رقم 280، صفحة 227، المجلة العامة للتأمينات البرية، 1980، صفحة 353 + 1980، D.، الصفحة 517 من التقرير، ملاحقة G.-J. BERR et F. GROUDEL.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 156، صفحة 122 و صفحة 123.

(5) M.PICARD et A.BESSON، *Les assurances terrestres* الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، تأليف L.G.D.J. A.BESSON، 1982، رقم 161.

ب - قرينة فعل الإنسان

207 - شرعية اللجوء إلى القرائن من فعل الإنسان.

كما لاحظ السيد Roland «من المعروف أن ثمة مكاناً للأجل غير المعين، إلى جانب الأجل اليقيني الذي يحوي استحقاقاً محدداً لقطع علاقة الموجب ومفعوله الفوري إعلان وصف العقد لمدة محددة، وبمقتضاء تكون العلاقة القانونية مرتبطة بحدث حصوله ضروري وتاريخ تحققه وحده مجهول». ويحدد أن الأمر يتعلق «بتنوع العقود لمدة محددة، فالعقود لمدة قابلة للتحديد التي تجر في حال عدم وجودها إلى معاملتها كعقود مبرمة بدون تحديد مدة وإلى إخضاعها لنظام الفسخ بإرادة أحادية الجانب، وتقاس في الوقت عينه خطورة الغلط المرتكب. ولا فرق، من زاوية الحل، أن ينسجم الاستحقاق مع تحديد زمني سلفاً أم لا ذلك بأن الأجل، بكونه يربط باتفاق مشترك استنفاد التنفيذ العقدي بحدث موضوعي لاحق، يرفع يد كل من المتعاقدين - منذ إبرام العقد - عن سلطة الرجوع إلى الإرادة السببة لفرد واحد ليقرر تاريخاً آخر تنتهي فيه علاقة الموجب».

ويضيف هذا المؤلف «هكذا من المناسب أولاً بيان أن العديد من العقود، المقدمة أنها لمدة غير محددة، هي في الحقيقة موضوع أجل غير معين لا يولد وجوده عدم تحديد مطلق ولا عدم تحديد تام، وإنما مجرد قابلية تحديد المدة، وهي حالة وسيطة. حول المعيار الذي من غير المفيد التساؤل حوله»⁽¹⁾.

ويلاحظ السيد Azéma أن ثمة «تحييداً صريحاً عندما يعبر الفريقان، بطريقة أو بأخرى، عن إرادتهما في أن يحددا في الزمان علاقتهما العقدية». وهو يفرق الحالة التي «يكون فيها المتعاقدان قد اشترطا أجلاً... تاريخاً... مدة معينة كتنهار أو شهر، أو سنة، الخ...» عن الحالة التي «يكون فيها المتعاقدان قد اتفقا على إسناد، معين إلى حد ما، إلى عنصر من شأنه تحديد مدة اتفاقتهما». ويضيف أن هذا التحديد غير المباشر «من شأنه أن يولد منازعة بالنسبة إلى وصف العقد، فهل يتعلق الأمر إذاً بعقد لمدة محددة؟». في عرف هذا المؤلف «يتوقف الجواب التأكيدي على تحقق شرطين، من جهة أولى يجب أن يكون الإسناد مختاراً بحيث أن مدة العقد لا تكون متروكة لتعسف أحد الفريقين، ومن جهة ثانية أن دقة معينة هي ضرورية»⁽²⁾.

«غالباً ما تكون مدة العقد محددة بالإسناد إلى موضوعه... فالتحديد عن طريق الموضوع بشكل... تحديداً صريحاً، وإنما غير مباشر، كالتحديد الجاري بالإسناد إلى عقد آخر أو حدث خارجي. والمشرع نفسه يدعونا إلى البحث عن تحديد مدة العقد في

(1) H.ROLAND, Regards sur l'absence de terme extinctif, dans les contrats successifs, in Mélanges

1966 صفحة 740 وصفتها 741.

(2) L.G.D.J. مقدمة N.NERSON، صفحة 69، رقم 86.

موضوعه»⁽¹⁾. والملاحظة وثيقة الصلة بالموضوع؛ وهكذا، بمقتضى المادة 1844 - 7 من القانون المدني «تنتهي الشركة: 1 - بانقضاء الزمن الذي تكونت من أجله، ما عدا التمديد الذي يتم وفقاً للمادة 1844 - 6؛ 2 - بتحقيق موضوعها أو انقضاءه...».

بيد أن تحديد مدة تنفيذ العقد يمكن أن يكون ضمناً وحسب. إذن مستفحص التحديد الصريح للأجل بالإسناد إلى موضوع العقد، ثم التحديد الضمني لمدة تنفيذ العقد.

1) التحديد الصريح للأجل بالإسناد إلى موضوع العقد

208 - يستدعي هذا التحديد تعييناً خاصاً للموضوع المعتبر إسناداً⁽²⁾. يضاف إلى ذلك، حسب السيد Azéma، أن «الإسناد ينبغي أن يكون مختاراً بحيث أن مدة العقد لا تكون متروكة لتعسف أحد الفريقين»⁽³⁾.

209 - درجة تعيين الموضوع.

كتب السيد Azéma: «لغة شرط يبدو لنا ضرورياً وإنما كافياً: اليقين بأن الموضوع سيتحقق كلياً في المستقبل بحيث لا يكون الفريقان مرتبطين مدى الحياة... وجهل التاريخ الصحيح للإنجاز، بالمقابل، يبدو لنا بدون أهمية»⁽⁴⁾. ويضيف: «يُعرف الأجل غير المعين بال ضبط بأنه أجل حدوده يقيني وإنما تاريخه الصحيح مجهول. وعندما ترتبط الاتفاقية بأجل كهذا يبدو وصف العقد لمدة محددة غير منازع فيه، وبصورة أدق عندما يكون الإسناد إلى الموضوع، يبدو جهل التاريخ الصحيح للتحقق بدون أهمية»⁽⁵⁾.

عدة أحكام صدرت جميعاً في مادة عقد العمل بدت مع ذلك أنها تخضع وصف العقد لمدة محددة لمعرفة التاريخ الصحيح للتحقق الموضوع، ولا سيما إنجاز الورشة أو العمل الفعلي⁽⁶⁾. غير أن وصف عقود العمل لمدة محددة يخضع لقرائن خاصة جداً طالما أن الأمر يتعلق بتقدير ما إذا كان نظام الانتظام العام الخاص بها يجب تطبيقه أم لا⁽⁷⁾. والتشريع الخاص في هذا المجال والنقاشات التي أفسح في المجال لها اليوم تكفي لبيان أن الحلول المعتمدة بالنسبة إلى عقد العمل لا يمكن أن تعمم على مجموعة الاتفاقيات.

إن وجود الأجل ذي التحقق الأكيد، حتى ولو كان تاريخه مجهولاً، يكفي لأن يجعل من اتفاقية ما عقداً لمدة محددة.

(1) J. AZÉMA, La durée des contrats successifs, الأطروحة المذكورة سابقاً 1969، رقم 92، صفحة 73.

(2) انظر AZÉMA، المذكور سابقاً، رقم 92.

(3) الأطروحة السابقة الذكر، رقم 88.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 92.

(5) J. AZÉMA، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 97.

(6) انظر J. PETEL، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 490 وما يليه.

(7) انظر J. SAVATIER، La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers، القانون الاجتماعي،

1987، صفحة 407 وما يليها. انظر الرقم 201 السابق وما يليه.

«لكي يمكن اعتبار العقد اتفاقية لمدة محددة يجب أن يكون لدى الفريقين منذ إبرامه اليقين بتحقيق هذا الموضوع، وانطلاقاً من ذلك اليقين من انقضاء مدة العقد.

لن يكون ثمة أي شك عندما يكون الموضوع معدلاً للتحقق في مستقبل قريب نسبياً بحيث أن الفريقين لم يتعهدا إلا لأجل قصير... إلا أن الحل ليس أقل يقيناً عندما يكون موضوع العقد بحيث أن مدة العلاقات ستكون أطول بكثير بوجه الاحتمال. ويبقى العقد لمدة محددة شرط أن تكون مهلة تحقق الموضوع أقل من حياة الفريقين المفترضة.

وهكذا جرى اعتبار الشركة التعاونية الزراعية المكوّنة للزمن الضروري لاستهلاك رأس المال المخصص لشراء المعدات (نقض بمناسبة عريضة في 27 كانون الثاني 1920، S.1920، الموجز، 1، 53)، والشركة المنشأة لاستثمار امتياز موقت (نقض بمناسبة عريضة في 7 شباط 1970، D.J.1870، 1، 303، انظر فهرس Dalloz، الشركات، ٧* الشركة، رقم 245)، عقدين لمدة محددة⁽¹⁾.

وقد ردت محكمة النقض في 13 تموز 1968⁽²⁾ الطعن المحال إليها إذ لاحظت ما يلي: «من حيث أن الاتفاقية الشفهية كانت تشكل في نية الفريقين التي نفسرها عادات جون Saint-Brieuc رابطة محاسبة مفتها هي بالضرورة مدة السن التي تشكل موضوعها وليس شركة حقيقية... ومن حيث أن المحكمة الإمبراطورية، في الظروف المتحقق منها، بإعلانها أن الأمر لا يتعلق بشركة طبقت عليها المادة 1869 من مدونة قوانين نابوليون... لأنها لم تكن محددة في مفتها... لجأت إلى تطبيق صحيح للقانون.

إن الاتفاقية، عندما يكون موضوع العقد بحيث أنه يجب أن لا يتحقق إلا في مستقبل بعيد إلى درجة أنه يتجاوز المدة المحتملة لحياة الفريقين وحسب، تعتبر لمدة غير محددة⁽³⁾، أو كذلك بسبب الطابع غير القابل للاستنفاد للموضوع⁽⁴⁾. بيد أننا رأينا الاجتهاد الأحدث لمحكمة النقض ينزع إلى حد المهلة التي ترك فيها مدة الموضوع للاتفاقية وصف العقد لمدة محددة بدون أن تجعل منها اتفاقية أبدية محظرة⁽⁵⁾.

وقد جرى تطبيق هذه المبادئ في نزاع يواجه مجموعتين صناعيتين. والحكم الصادر

(1) J.AZÉMA، المذكور سابقاً، رقم 93.

(2) نقض بمناسبة عريضة في 13 تموز 1968، Dalloz، 1968، 1، 137.

(3) انظر حكم التفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول حزيران 1959، 1861، S.، 1، 113، تعليق PONT، بالنسبة إلى شركة تكوّنت لمدة استثمار منجم.

(4) انظر حكم محكمة استئناف ليون، 13 كانون الثاني 1943، D.C.1944، 34، تعليق PIC، في صدد رابطة محاسبة منشأة لاستثمار منيخان (أي خُرُجَة أشجارها فُرِغَتْ نمت على أرومات الأشجار القندية المقطوعة) غابة منقذة في شكل عشرين قطع بحيث ينبغي أن يكون هناك دائماً مُثبِّطة عمرها عشرين سنة قابلة للقطع كل سنة وتمطي الموضوع طابع عدم الاستنفاد.

(5) انظر الرقم 184 السابق.

في 23 تموز 1987⁽¹⁾ يتضمن⁽²⁾ أسباب التسويغ التالية: ومن حيث أن الفريقين، في الحالة الراهنة، اتفقا تماماً على أجل للعقد المتنازع فيه هو نهاية حياة مشغل السيد P...، وأن الأمر يتعلق بلا ريب بأجل غير معين (مما لا يكفي لجعل مدة العقد غير قابلة للتحديد)، وإنما ينبغي التفكير طبيعياً في أنه سيحدث يوماً ما.

ومن حيث أن المدعى عليهن تتمسكن، وهذا صحيح، بأن مدة حياة تجهيز صناعي، خلافاً لمدة الحياة البشرية التي تنتهي في أجل غير معين بالنسبة إلى تاريخها، وإنما أكيد بالنسبة إلى حدوثها، يمكن أن تمتد إلى ما لا نهاية له عن طريق الإصلاحات والإتقان والتحويلات الاحتمالية التي تتيح استمرار التشغيل أبداً كان القيد والتكيف مع التطور التقني وأنه على الأكثر، في الحالة الراهنة، مع أن التجهيز يعود للسيد B...، بمقدار ثلث العقد المتنازع فيه، كان الاتفاق بين B... و R... أن تساهم هذه الأخيرة في التوظيف الضروري للصيانة، مما ينتج عنه أن المدعى عليهن كانت لهن الإمكانيات الإرادية في مد عمل هذا التجهيز إلى ما لا نهاية له.

ومن حيث أن هذه الفرضية في طابعها المطلق لا يمكن أن تزدهر، وأنه ستأتي آونة يكون فيها مفعول الإتقان والتحويلات التي يتم اللجوء إليها بالنسبة إلى التجهيز الصناعي أن تجعله يزول في بنيه وجوهره الأولين واستبدال تجهيز جديد به، وأنه من غير الصحيح من جهة ثانية، أن R... تتمتع بإمكانية إرادية صرف في إطالة حياة التجهيز إلى ما لا نهاية له ما دام أن التوظيفات الضرورية للتوصل إلى هذه النتيجة - على افتراض أن ذلك ممكن - تتطلب موافقة مالك التجهيز ومساهمة المالية.

ومن حيث أن التحليل الذي قدمته المدعى عليهن، على الأكثر، لا يأخذ في الحسبان مظهراً آخر للتطور التقني والاقتصادي الذي من شأنه أن يؤدي إلى إعفاء التجهيز الصناعي نهائياً، وأن نتيجة هذا التطور لم تكن بالضرورة أن الوسائل التقنية لصنع المنتج الحاصل في التجهيز موضوع البحث قد تعدلت في وقت معين وحسب، وإنما المنتج ذاته محكوم عليه لأنه جرى استبدال منتج آخر به يقوم بالوظائف عينها وفي مرتبة أعلى تقنياً واقتصادياً.

ومن حيث أنه لا يمكن القول، بصورة مطلقة، إن مدة حياة تجهيز صناعي يمكن أن تطول إلى ما لا نهاية له، وأن موجباً مدته صاوية لها هو بالتالي لأجل غير معين وحسب وإنما معدوم⁽³⁾.

إن الإسناد إلى مدة استثمار مشغل معين يستكمل بلا جدال أجلاً محدداً، حتى ولو كانت نهاية هذا الاستثمار من المتعذر معرفتها في آونة تحديد هذا الأجل. وحدثه في مدة معقولة أكيد في الواقع.

(1) مجمع تحكيمي مؤلف من السادة Berthold GOLDMAN, Roger MARTIN et Paul DIDIER.

(2) الصفحات 17 إلى 20.

210 - ينبغي أن لا يترك تحديد الأجل لتسلف أحد الفريقين.

حسب السيد Azéma «يعرّف العقد لمدة محددة بأنه «العقد الذي يحدد استحقاقه بحدث مستقبلي أكيد، ولا يتوقف تحققه حصراً على إرادة الفريقين» (Durand et Vitu، II، رقم 173)⁽¹⁾، وبين هذا المؤلف ما يلي: «لنذكر بأن تحقق الأجل ينبغي أن لا يتوقف حصراً على إرادة أحد الفريقين»⁽²⁾.

وبالفعل يقتضي، لكي يسوّغ وجود الأجل وصف العقد لمدة محددة، أن يشكل هذا الأجل حقيقة موضوع اتفاق ملزم للفريقين، وإلا لن يكون هناك سرى أجل وهمي بحيث أن العقد يكون في الحقيقة لمدة غير محددة أو يخشى أن يقع في تحطير التعهدات الأبدية⁽³⁾ أو البطلان لعدم تحديد الثمن أو الموضوع المبني على المادة 29 من القانون المدني⁽⁴⁾. وهذا الطرح يتحقق على صعيد تحديد الموضوع والشرط الإرادي وعلى صعيد الأجل ذاته.

211 - على صعيد تحديد الموضوع.

حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض في 19 حزيران 1987⁽⁵⁾ «بأنه في وضع أحكام عقد عمل ينص على انقضائه بتألية المهمة الموكولة» إلى الأجير «أخذ مجلس العمل التحكيمي بصواب أن هذه الاتفاقية لا تتجاوب مع متطلبات المادة 1-1-122 من قانون العمل التي تنص على أن العقد لمدة محددة ينبغي أن يتضمن أجلاً محدداً بدقة منذ إبرامه»، بيد أننا رأينا أن رقابة وصف العقد لمدة محددة كان لها في قانون العمل مدلول خاص بسبب نظام الاستثناء الذي تخضع له هذه العقود⁽⁶⁾. ولتحديد مدة العقد في هذا المجال مدى ليس مدى القانون العام، ولو لم يكن ذلك إلا بسبب نصوص خاصة تسوس هذه الفئة من العقود وتحدد تعريفها. والحلول المتعلقة بعقد العمل ليست إذاً قابلة للتعميم.

وقد صدر، في مادة الإيجار، حكم للغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض. في 31 تشرين الأول 1962⁽⁷⁾ بين أنه «لم يكن هناك أي ثمن متفق عليه على الإطلاق أو جرى التطرق إليه وبالتالي لا يمكن أن يكون هناك إيجار ولا وعد بالإيجار». وقضى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 23 شباط 1967⁽⁸⁾ بأن قضاء الاستئناف لم يشؤموا كتاباً

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 84.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 89.

(3) انظر الرقم 192، السابق.

(4) انظر الرقم 200 السابق.

(5) النشرة المدنية، V، رقم 400، صفحة 253.

(6) انظر الرقم 201 السابق.

(7) النشرة المدنية I، رقم 453، صفحة 388.

(8) النشرة المدنية، III، رقم 58، صفحة 84 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 كانون الأول 1960، النشرة المدنية، I، رقم 543، صفحة 443 - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 آذار 1976، يوميات الكتابة العدل، 1977، 1314، ملاحظة J.V. انظر حول أهمية المنصر الزمني بالنسبة إلى =

جعل عدم دقته تفسيره ضرورياً بالقرير «انه لم يكن» في القضية الرامنة، أي إيجار أو وعد بالإيجار لعدم الاتفاق على المدة والشنن. ويظهر واقع عدم تحديد مدة الإيجار في هذه الأحكام، إلى جانب غياب الشنن، كمؤشر لغياب توافق الإرادتين الكافي لنشأة العقد. ولم يؤخذ بأن لمدة العقد بحد ذاتها مدى كهذا. ويكون ذلك مفهوماً إذا أخذنا في الحسبان السلطات التي أناطها المشرع بالقاضي في هذا الشأن⁽¹⁾.

وقد حكمت محكمة استئناف باريس، في 10 تموز 1986⁽²⁾ «بأن مدة الإيجار من الباطن، بسبب التطور السريع للثقافة المعلوماتية، لم تكن قابلة للفصل عن توازنه المالي، وأن البند المتعلق بإعادة وضع المعدات في نهاية الفترة المحددة لدى شخص ثالث تختاره باستساب تام SYSTEM... يجعل مدة العقد مع ذلك، وبالتالي شن العملية متوقفتين على إرادة الشركة المؤجرة وحدها، وأنه ينجم عن ذلك أن الحصة النسبية للشيء، بمعنى المادة 1129، لا يمكن أن تكون محددة، وأن العقد بالتالي باطل... وإخضاع الإمكانية الممنوحة في العقد للمستأجر في وضع نهاية للعقد في أجل مدة محددة لإعادة وضع الشيء لدى شخص ثالث المتوقف على إرادة المؤجر وحدها، يحتفظ هذا المؤجر بحرية تمديد مدة العقد وزيادة شن العملية، مما يسوّغ إبطال الإيجار تطبيقاً للمادة 1129.

إن ما يسوّغ بطلان الإيجار في هذه الحالة، تطبيقاً للمادة 1129 من القانون المدني، كان تأثير مدته في بدل الإيجار، وفي الدرجة الثانية واقع أن هذه المدة كانت هي نفسها في تبعية الإرادة التعسفية لأحد الفريقين التي كانت تسوّغ التحقق من أن أي أجل ملزم لم يكن موجوداً في الحقيقة.

إلا أن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض رفضت، في 30 تشرين الثاني 1983⁽³⁾، اعتبار إيجار أبدياً، وقد ثبت في الوقت عينه طابعه المحدد، في حين أن المالك تعهد «بتجديد الإيجار بتمديد ضمنى طالما يرغب المستأجرون وأولادهم في الاستمرار في إشغال العقار...». وقد حكمت «بأن الإيجار وأجله وفاة المستأجرين أو أولادهم لا يمكن أن يعتبر أبدياً». ومن المهم التعليق أن مدة العقد كانت تتوقف على رغبة المستأجرين وحدها، ويعتبر آخر على إرادتهم وحدها.

وفي أي حال، ووفقاً للحلول المبنية عمراً على المادة 1129 من القانون المدني، في شأن عدم تحديد الشنن، يمكن إعلان البطلان عندما يتوقف هذا التحديد على إرادة أحد

= محكمة النقض، PRÉREMY، ملاحظة في المجلة القضائية للقانون المدني، 1986، صفحة 99.

(1) انظر المادة 285 - 1 من القانون المدني التي تعطي القاضي سلطة تحديد مدة الإيجار المفروضة على أحد الزوجين بعد الطلاق لصالح الفريق الآخر، المادة 31، الفقرة 2 من مرسوم 30 أيلول 1953 حول الإيجارات التجارية.

(2) محكمة استئناف باريس، الغرفة 25، القسم A: Le Continent ضد SYSTEM ر Citicorp Location France، حكم غير منشور.

(3) الشرة المدنية، III، رقم 249، صفحة 109.

افريقين التعسفية فقط⁽¹⁾. ومن باب أولى أن واقعة كون الأجل يتوقف على إرادة أحد الفريقين التعسفية وحدها يمكن أن تقود إلى استبعاد الطابع الملزم لهذا الأجل. ويظهر ذلك أكثر دلالة على صعيد الشرط الإرادي.

212 - على صعيد الشرط الإرادي.

استتجت الغرفة المدنية في محكمة النقض من أن المادة 1174 من القانون التي تنص على أن «أي موجب هو باطل عندما يبرم على أساس شرط إرادي من قبل من يلتزم» والتي لا تعاقب، من حيث المبدأ، إلا في حال عدم وجود الرضا الحقيقي المعارض لتكوين العقد، أن إمكانية تحقق العقد لمدة محددة لا يمكن الأخذ بها بالنسبة إلى شرط إرادي⁽²⁾. بيد أن الاجتهاد لا يتردد اليوم في استبعاد هذا الحل المبدي وفي التحقق مما إذا كان الفسخ المبني «كان بشكل حقاً أحادي الجانب متروكاً لإرادة المدين التعسفية وخاضعاً للمادة 1174 من القانون المدني»⁽³⁾.

على أن الشرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض استبعدت في 16 كانون الثاني 1974⁽⁴⁾، تطبيق المادة 1170 إذ لاحظت أن الشرط المتعلق بملء الاتفاقية لم يكن شرطاً بمعنى المادة 1168 من القانون المدني.

والتحذير لا يستهدف إلا الموجبات الخاضعة لإرادة المدين. أما الموجبات الخاضعة لإرادة الدائن فلا يمكن إبطالها⁽⁵⁾. والاجتهاد مستقر في هذا الاتجاه.

(1) انظر تكوين المقد، رقم 731 وما يليه، والاجتهاد المستشهد به.

(2) النقص المدني في 2 أيار 1900، 1900 Dalloz، 1، 392، 1901 Sirey، 1، 217، تعليق WAHL. انظر H.L.J. MAZEAUD، الموجبات، الطبعة الرابعة، تأليف M.DE JUGLARD، صفحة 719، الذي يؤكد هذا الحل.

(3) النقض الاجتماعي، 28 تشرين الأول 1963، النشرة المدنية، IV، رقم 738، صفحة 615. 9 تشرين الثاني 1961، النشرة المدنية، IV، رقم 923، صفحة 731 - النقص التجاري في 28 حزيران 1966، النشرة المدنية، III، رقم 405، صفحة 370.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 22، صفحة 18.

(5) انظر في هذا الاتجاه AUBRY et RAU، الفقرة 302، النص والتعليق رقم 28 - MARTY، RAYNAUD، J.CARBONNIER، Obligations، الجزء 2 - النظام، الطبعة الثانية، رقم 76 - JESTAZ، Obligations، الطبعة السابعة عشرة، الفقرة 135 - TERRÉ SIMLER et LEQUETTE، المرجع صبه، رقم 1125 - أطروحة THEODORESCO، La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux في باريس، 1923، صفحة 17 و 172 وما يليه - contribution à l'étude de la formation successive des droits عريضة في 11 آذار 1879، D.P. 1881، 1، 134 - تشرين كانون الثاني 1888 - D.P. 1868، 1، 160 - كانون الأول 1883، D.P. 1884، 1، 134، 8 كانون الثاني 1895، 1، 1895، D. 287، 19 - شباط 1895، 1895، D.P. 1895، 1، 168 - 27 نيسان 1895، D.P. 1895، 1، 318 - النقص المدني، 2 تموز 1839، D.P. 1839، 1، 355 - 4، 1، تموز 1869، D.P. 1869، 1، 346 - 25 تشرين الثاني 1846، D.P. 1847، 1، 34، طلبات المحامي العام DESIARDINS، S. 1897، 1، 76 - الفقرة المدنية الأولى في =

ويكفي التذكير هنا بالحلول الصادرة في صدد دراسة الشرط⁽¹⁾. فالتعهد قابل للإبطال عندما يكون خاضعاً لقرار المدين التعسفي؛ وهو قابل للإبطال أيضاً عندما يكون خاضعاً لعمل يخضع لإرادة المدين التعسفية. والأمر على هذا النحو عندما يكون العمل بدون نتائج حقيقية بالنسبة إلى المدين أو عندما يتعلق الأمر بعمل غير قابل للرقابة الموضوعية في آونة تنفيذه.

213 - على صعيد الأجل نفسه

إن المألوفة تقليدية بالنسبة إلى الأجل المعلق (أو الموقوف)⁽²⁾. فالمادة 1901 تنبئ للقاضي تحديد تاريخ الدفع⁽³⁾، على اعتبار أن الاستحقاق يؤول أحياناً إلى حين وفاة المدين⁽⁴⁾. والأمر على هذا النحو، على وجه الخصوص، عندما يكون المدين قد تعهد بالدفع في اليوم الذي يتفرغ فيه عن مؤسسته التجارية⁽⁵⁾. ولا يعتبر الحدث شرطاً وإنما هو موجب يبقى تاريخ تنفيذه فقط غير محدد. إن كيفية تنفيذ كهذه لا يمكن أن تكون شرطاً إرادياً للسبب الكافي بأنها ليست شرطاً وإنما هي أجل غير معين.

وهذه الطريقة في الاستدلال يمكن، على ما يبدو، أن تطبق لذاتية أسباب توينج الأجل المعلق.

ومنذ اللحظة التي يتفق فيها الفريقان على أجل يحدد مدة موجباتهما المتبادلة يتبع المبدأ الذي بمقتضاه يجب أن تنفذ العقود بحسن نية للقاضي تحديد الآونة المعينة التي تنتهي فيها الاتفاقية. وتسدّد المبلغ المستحق من قبل المقرض، في شأن القرض في الدفع المنصوص عليه في المادة 1901 من القانون المدني، يرسم نهاية العقد تماماً. والسماح للقاضي بتحديد تاريخ هذا التسديد يعني إذاً السماح له بحل العملية القانونية الجارية التنفيذ طالما أن المقرض سبق له، بالتعريف، أن نفذ تقديمه.

= محكمة النقض، 9 كانون الثاني 1963، النشرة المدنية، I، رقم 23 صفحة 21 - النقض التجاري في 11 آذار 1968، النشرة المدنية IV، رقم 101، صفحة 88 - محكمة Douai، 19 كانون الثاني 1974، Lyon Continental ضد R.F.A. حكم غير منشور - محكمة باريس، 28 أيار 1974، D.1974، 1، 685، طلبات المحامي العام CABANNES - محكمة أورليان، 8 حزيران 1979، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، IV، 233؛ مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة II، N، صفحة 160.

(1) J.GHESTIN، La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 Code civil - Mélanges WAILL، صفحة 243 وما يليها.

(2) انظر الرقم 162 السابق.

(3) النقض المدني في 21 آب 1850، 1، 344، S.1850، 1، 723 - محكمة Aix، 11 حزيران 1872، Sirey، 1874، 1، 127 - محكمة باريس، 19 تشرين الثاني 1912، D.1913، 2، 126، Sirey، 1915، 2، 60. وعلى نقض تلك محكمة شامبيري، 13 كانون الأول 1897، D.1900، 2، 213.

(4) محكمة استئناف باريس، 11 أيار 1857، S.1858، 2، 425 - عريضة 31 كانون الأول 1834، S. 1835، 1، 825 - محكمة استئناف تانسي، 20 تشرين الثاني 1920، مجلة قصر العدل، 1921، 1، 414.

(5) محكمة استئناف مونتيلييه، 15 شباط 1953، مجلة قصر العدل، 1953، 1، 314.

(2) التحديد الضمني لمدة تنفيذ العقد:

214 - يمكن تحديد مدة العقد بشكل ضمني إما بالإسناد إلى عناصر معبر عنها في العقد، أي داخلية، وإما بالإسناد إلى عناصر خارجية عن هذا العقد.

وينبغي كذلك أن لا يكون القانون قد فرض صراحة على الفريقين تحديد مدة تعديهما. وهكذا حكمت محكمة النقض، استناداً إلى المادة 19 من القانون رقم 64 - 678، تاريخ 6 تموز 1964، الذي ينزع إلى تحديد مبادئ النظام العقدي في الزراعة وكييفاته، في 29 شباط 1984⁽¹⁾ «بأن بنود عقود الاندماج يجب، تحت طائلة البطلان، أن تذكر شروط المدة والتجديد وإعادة النظر والفسخ». ونقضت بنتيجة ذلك حكم محكمة استئناف تولوز التي أخذت بأن «الشروط المتعلقة بمدة العقود تنجم بالضرورة، ولو ضمناً، عن طابعها المتعاقب لمدة محددة».

(أ) الإسناد إلى عناصر داخلية:

215 - اللجوء إلى مفهوم السبب

التحديد الداخلي هو التحديد الناتج عن بعض عناصر العقد ذاته، عن بعض «المستندات الخطية للإرادية العقدية» وكذلك كما بين ذلك تماماً السيد Roland⁽²⁾. «ينبغي بذاهة البحث عن تحديد ضمني محتمل في سبب العقد، في سبب الاتفاق»⁽³⁾.

وبالفعل كتب السيد Roland: «السبب... يمكن أن يصلح كعامل حاسم لتحديد المدة... وبلاحظ ذلك في مادة الإيداع مثلاً... حتى المؤلفون الذين يميلون إلى حرية الوديع في التملص يعترفون بأن الظروف التي جرى الإيداع فيها قابلة لمنع الوديع من التنصل من موجهه بسلطانه الخاص في الوقت الذي يختاره. وقد حكمت المحكمة الابتدائية في سين في صورة أصرح أيضاً بأن الوديع ملزم بتأمين حفظ الشيء خلال الوقت الذي يكون فيه المودع في حاجة إليه (28 حزيران 1961، D.1862، الصفحة 10 من الموجز). وهذا يعني التعبير عن الفكرة في أن علة وجود العقد تتبع رفع عدم اليقين بالنسبة إلى استمرار العلاقة العقدية. وحسب المادة 1888 من القانون المدني «لا يستطيع المقرض سحب الشيء الذي جرى اقتراضه إلا بعد الأجل المتفق عليه أو، في حال عدم وجود اتفاقية، بعد أن يكون الشيء قد أدى الاستعمال الذي من أجله جرى الاقتراض». والمشرع هنا أخذ بالإسناد إلى مفهوم السبب الدافع بصراحة: مع أن يوم الرد لم يحدد فذلك لا يعني أن القرض مجرد من

(1) مصطفى الاجهادات الدوري، 1985، II، 20344، تعليق J.PRÉVAULT.

(2) J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 102. انظر أيضاً بالنسبة إلى تحليل مشابه B.HOUIN، La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques، طبع على الآلة الكتابة،

الأرقام II إلى 43 وما يليها، صفحة 163 وما يليها.

(3) J.AZÉMA الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 103.

أجل مسقط؛ وللمستعير الحق في استعمال الشيء إلى أن يتحقق الهدف الذي من أجله أبرم العقد.⁽¹⁾

وهكذا، في حال عدم وجود تحديد صريح، يمكن مع ذلك اعتبار عارية الاستعمال عقداً لمدة محددة. وسيحدد استعمال الشيء الذي هو سبب الإعارة مدة الإعارة إذا لم يتفق الفريقان على أي أجل. وعارية الاستعمال لن تكون لمدة محددة إلا عندما يكون الشيء المعار لاستعمال دائم أو قابل للتجديد، ويستطيع المميز عند ذلك استعادة الشيء حسب رغبته.⁽²⁾

ونجد لدى Pothier الفكرة التي بمقتضاها يجدد إيجار الأشياء المنقولة في مدته بالهدف الذي أدى إلى عقده... وتفحص Baudry - Lacantinerie الحل عينه وكتب بصراحة: «مدة إيجارات المنقولات عندما لا تكون متفقاً عليها صراحة هي قبل كل شيء محددة بهدف الإيجار» (XVIII, BAUDRY-LACANTINERIE, رقم 931) II, GUILLOUARD, رقم 681. انظر محكمة التجارة في سين، 18 أيلول 1894، مجلة قصر العدل، 1894، 2، 406، بالنسبة إلى مدير مسرح تجزئة مسرح⁽³⁾.

وحكمت محكمة استئناف باريس، في 29 تشرين الأول 1965⁽⁴⁾، في مادة الوكالة، بأن «هاجس القانون في أن لا يفرض على الرئيس المدير العام معاوناً في الأعمال المسؤول عنها في حين أنه لم يختره هو، يستدعي بأن تكون الوكالة التي يوافق مجلس الإدارة على تزويد المدير العام المساعد بها محددة بمدة وظائف المدير العام الذي قدمه بنفسه، وأن التعداد الوارد في المادة 2003 من القانون المدني لمختلف المواد التي تكملها إحدى الوكالات ليس تحديداً على الإطلاق، على عكس ما ذهب إليه Brefort؛ وأن الوكالة يمكن أن تقتصر بكيفيات مختلفة ولا سيما بشرط فاسخ أو أجل يقيني أو غير معين، بحيث يضع تحقق الشرط أو قدوم الأجل «تلقائياً» نهاية للوكالة، وأن الوكالة الممنوعة للمدير العام المساعد إذا لم تكن مقترنة بأجل غير معين وهو التاريخ الذي ينقطع فيه الرئيس المدير العام عن ممارسة وظائفه، فإن ذلك يعطل الأحكام المبينة أعلاه والواردة في قانون عام 1943، وأن هذه الأحكام ذات الطابع الإلزامي تحفظ لكل رئيس مدير عام يدخل الوظيفة وله وحده الإمكانية في أن يقترح على مجلس الإدارة أن يكون إلى جانبه مدير عام مساعد وكذلك أن يقترح الشخص الذي يختاره هو ويمتعه ثقته».

والعقد كما لاحظ السيد Azéma، «هو دائماً لمدة محددة. بيد أن الأمر يتعلق بتحديد

(1) H.ROLAND, Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs, Mélanges

VOIRIN, 1966، الصفحة 742 والصفحة 743.

(2) J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 104.

(3) J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 105.

(4) Dalloz 1966 - صفحة 199، تعليق P.DIDIER، مصنف الاجتهاد الدوري، 1966، II، 14491، تعليق P.L.

ضماني ينبغي البحث عنه في السبب ذاته للعقد. وهدف الاتفاقية بالفعل هو تزويد الرئيس المدير العام للشركة بمساعد يستطيع أن يركز إليه بعض مهامه ويكون مسؤولاً عنها. فسبب العقد يبدو تماماً أنه مساعدة شخص وليس مساعدة جهاز. ومن الطبيعي بالتالي أن تنتهي الوكالة في الوقت عينه الذي تترقب فيه وظائف الرئيس وأن يحل محله شخص جديد⁽¹⁾.

ب) الإسناد إلى عناصر خارجية:

216 - بين السيد Azzema أن «التحديد الخارجي يركز على البحث، خارج عناصر العقد، عن تحديد مدته... وينص القانون المدني نفسه على هذا البحث بطريقة عامة جداً. أن عدة نصوص تلمح إليه»⁽²⁾. فالمادة 1139 تنص بالفعل على أن «الاتفاقية لا تلزم بما عثرت عنه وحسب وإنما أيضاً بالتأثير التي يعطيها الإنصاف أو العادة أو القانون للموجب حسب طبيعته». والمادتان 1159 و1160 حول تفسير العقد تفرض البحث في العادات عن معنى اتفاقية غامضة أو غير تامة.

217 - الإسناد إلى عقد آخر

يمكن الأخذ، بصورة خاصة، في الحبان مدة اتفاقية أخرى جرى الإسناد إليها من قبل الفريقين ضمناً لتحديد مدة العقد المنازع فيه⁽³⁾.

ومما لا جدال فيه أن العقود المحددة مدتها بالإسناد إلى مدة عقد آخر تشكل عقود لمدة محددة. والأمر على هذا النحو على الأقل عندما يكون العقد المختار كإسناد هو نفسه لمدة محددة، وذلك حتى ولو كانت هذه الاتفاقية قد عقدت بين الفريقين نفسيهما اللذين أبرما العقد المنازع فيه أو من سلفاهما⁽⁴⁾. ومدة العقد المنازع فيه، في هذه الحالة، هي بالفعل بمنحى من إرادة الفريقين التعسفية.

وعندما لا تنتج اللانقصامية عن طبيعة الأشياء وإنما عن نية الفريقين وحسب، فإرادة هذين الفريقين هي التي تحدد المدى الحقيقي. وبالفعل «حسب التعابير الصريحة لمحكمة النقض، مفهوم الشروع الثاني» (بخلاف اللانقصامية المادية أو الطبيعية) «هو... تطبيق لبدل سلطان الإرادة»⁽⁵⁾، أو بالأصح الحرية العقدية.

(1) J.AZÉMA، الأطروحة عينها، رقم 107.

(2) الأطروحة عينها، رقم 109.

(3) انظر J.P.BTEL، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 472 وما يليه.

(4) انظر بهذا المعنى J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً الأرقام 87 إلى 89.

(5) Ph.SIMLER المذكور آنفاً، صفحة 371، رقم 303 - النقض المدني في 2 تموز 1958، النشرة المدنية I، رقم 352، صفحة 284 - النقض الاجتماعي في 5 أيار 1959، النشرة المدنية، IV، رقم 333، صفحة 274 - النقض المدني، 27 تشرين الثاني 1963، النشرة المدنية، I، رقم 520، صفحة 436 - 3 آثار 1964، النشرة المدنية I، رقم 134، صفحة 89 - 26 حزيران 1963، النشرة المدنية، I، رقم 347، صفحة 296.

218 - الإسناد إلى نشاط أحد الفريقين

سبق أن رأينا أن تحديد الأجل يجب أن لا يترك إلى تعسف أحد الفريقين. وهذه القاعدة لا تمنع أن يكون الإسناد إلى نشاطهما لتحديد الأجل. وإنما يقتضي أيضاً أن لا يكون هذا الإسناد شكلياً.

وقد شهر حكم 26 أيار 1970⁽¹⁾ هذا الطرح بالذكر بأن قضاة الأساس ملزمون بأن يبينوا بدقة العناصر التي يستندون إليها لإثبات الطابع الموقت للعقد.

كانت قد عقدت اتفاقية بين إحدى الشركات ووكيلها العام وبمقتضاها يعفى هذا الوكيل من درس سوق أحد القطاعات (ألمانيا الغربية)، وإنما يقبض مع ذلك علاوة على السلع المباعة في هذا القطاع. وبعد أن نفذت الشركة الاتفاق خفضت معدل العلاوات. فقاضى الوكيل التجاري شريكه في التعاقد للتنفيذ. وللدعوى تمسكت الشركة بأنه لم يكن في نيتها تأمين خدمة دخل أبدي. وقد استبعد قضاة الواقع هذه البرهنة بحجة أن الاتفاقية تستند إلى درس السوق في ألمانيا من قبل الشركة «ويستج عن ذلك أن الاتفاقية لكي تكون غير محددة ينبغي أن لا تضمن أجلاً يضع نهاية لدراسة القطاع الألماني من قبل الشركة». وقد ظهر هذا التحليل غير كافٍ في محكمة النقض لإعطاء الحكم الأساس القانوني. فنقضت هذا الحكم لأن «محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو بدون التطرق إلى الظروف التي من شأنها إثبات أن دراسة السوق الألمانية من قبل الشركة كانت بالضرورة مؤقتة، لم تعط حكمها الأساس القانوني».

فالإسناد إلى نشاط أحد الفريقين ليس إذاً في ذاته كافياً لتمييز وجود أجل تحقق أكيد. على أنه من المسموح به التفكير في أنه يغدو كذلك إذا كان في حد ذاته محدداً في الزمن بدقة.

(1) - الفصل التجاري في 26 أيار 1970، النشر: المدنية IV، رقم 173، صفحة 153.

الفصل الثاني

نظام العقود تبعاً لمدتها

219 - تفرض دراسة النظام القانوني للعقد الذي يتم فحصه من وجهة نظر مدة التنفيذ التفريق بين العقود لمدة محددة والعقود لمدة غير محددة، ولو تمكنا من بيان أن فوائد هذا التفريق تميل إلى الإجماع⁽¹⁾.

القسم 1

العقود لمدة محددة

220 - مفهوم الأجل المسقط

إن الأجل المعين في العقد لمدة محددة هو أجل مسقط بالضرورة، طالما أنه يحدد مدته دائماً⁽²⁾. ويؤخذ بأنه يشترط دائماً لصالح المدين والدائن⁽³⁾. ولا يسمح، من حيث المبدأ، بأي عدول أحادي الجانب⁽⁴⁾؛ بيد أن الاستثناءات عديدة كما سنرى. فقيدوم الأجل ينتج مفعولاً آلياً بمعنى أن العقد يتقطع عن إنتاج مفاعيله للمستقل بدون أن يكون من الواجب أن يبدي الفريقان إرادتهما⁽⁵⁾؛ يحمل الأجل المسقط بحكم القانون، وما ذلك إلا تطبيق

(1) J. AZÉMA, La durée des contrats successifs, L.G.D.J., 1969، مقدمة R. NERSON.

(2) انظر Ch. DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations en général، الجزء II، الطبعة الثانية، 1871، رقم 569، صفحة 543.

(3) D. VBAUX، بالاشتراك مع A. HONORAT، مصنف الاجتهادات المدنية، البند 1186 والبند 1186، رقم 125.

(4) انظر J. AZÉMA الأطروحة السالفة الذكر، رقم 239 وما يليه - النقض التجاري في 5 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 154، صفحة 137.

(5) انظر J. PETEL، La durée d'efficacité du contrat، أطروحة في مونيبييه، 1984، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 430 وما يليه.

المادة 1134 من القانون المدني. فقد التزم الفريقان بمدة محددة مسبقاً لا أكثر ولا أقل والقاعدة مؤكدة صراحة في المادة 1137 من القانون المدني المتعلقة بالإجراءات الخطية⁽¹⁾ وتتجمل عن هذه القاعدة نتيجة عملية كبيرة الأهمية: ليس للمتعاقدين حق بتجديد محتمل⁽²⁾ ما عدا وجود نص قانوني معاكس.

وقد أخذت محكمة النقض، في صدد عقد امتياز حصري لمدة محددة، بأن مانع الامتياز ليس ملزماً بأن يبرهن على مشروعية رفضه التجديد⁽³⁾ بمقدار ما هو غير ملزم بإيراد سبب تسويق ما⁽⁴⁾.

من أجل ذلك لا يشمل رفض تجديد عقد لمدة محددة بحد ذاته إساءة استعمال الحق⁽⁵⁾، حتى ولو لم يظهر قديم الأجل، في المجال الخاص لفتح الاعتمادات المصرفية، كائناً لرفض غير خاطئ للتجديد⁽⁶⁾. ويحتفظ القضاء العالمي مع ذلك بالإمكانية النظرية في تمييز رفض كهذا⁽⁷⁾ ما أن تكون نية الإضرار بأحد المتعاقدين بارزة⁽⁸⁾. بيد أنه من الاستثنائي أن تبين الحقيقة من ذلك، وبصورة أخص في مجال التوزيع الكامل حيث كان اجتهداها أغزر. وبالنظر لم تأخذ إلا في الحالة التي لم تكن مدة الإخطار المتوافق مع العادة أو المحدد تعاقدياً قد جرت مراعاتها⁽⁹⁾، أو عندما ينتهك مانع الامتياز تعهده بتجديد

(1) يتوقف الإيجاب بحكم القانون عند انقضاء الأجل المحدد عندما يكون خطياً، بدون أن يكون من الضروري لإرسال إخطار. انظر الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 حزيران 1989، Dalloz 1989، صفحة 206 من التقرير - 15 آذار 1992، النشرة المدنية، III، رقم 182، صفحة 130.

(2) انظر على سبيل المثال المثال النقض التجاري، 4 شباط 1986، Dalloz 1986، صفحة 18 من الموجز، بالنسبة إلى عقد امتياز.

(3) النقض التجاري، 9 حزيران 1992، *Contrat, concurrence, consommation* 1992، رقم 223، ملاحظة L.LEVENEUR.

(4) النقض التجاري في 6 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 7، صفحة 5؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1988، صفحة 122، ملاحظة J.HÉMAR et B.BOULOC - 30 تشرين الثاني 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 392، صفحة 327.

(5) النقض التجاري في 22 كانون الثاني 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 36، صفحة 28.

(6) انظر النقض التجاري في 3 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 386، صفحة 255، الذي بين، لتقرير أن رفض تجديد فتح اعتماد يعطى لمدة محددة لم يكن فيه إساءة استعمال الحق، وأن وضع الشقة المدنية كان مثلاً جدياً، ولم تتوصل إلى إيجاد مؤسسات أخرى وكان فتح الاعتماد على أساس انتظار ذلك، وأن متابعة دعم المصرف لها كان يمكن اعتباره إساءة استعمال. ولا يبدو قديم الأجل كائناً إذا، في هذه الحالة الخاصة، التسويق ورفض التجديد.

(7) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 نيسان 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 152، صفحة 118 (يبين الحكم إضافة إلى ذلك أن عبء إثبات إساءة الاستعمال يقع وفقاً للقانون العام، على حائز شخص من ينسك بها) - 13 تشرين الثاني 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 286، صفحة 269 - 16 تشرين الأول 1967، النشرة المدنية، III، رقم 321، صفحة 307.

(8) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 18 شباط 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 59.

(9) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 حزيران 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 184، صفحة 140 - بالإضافة إلى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 11 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، III، رقم 16، صفحة 13.

العقد⁽¹⁾، بوجود خطأ يسوّغ إعطاء تعويض. على أن إساءة استعمال الخرق بعد ذاته ليست هنا هي المعاقبة. يمكن إذا التفكير شرعاً في أن الحق في عدم تجديد العقد لمدة محددة يقترب من فئة الحقوق الاستثنائية⁽²⁾. ويكفي للاتناع بذلك تعداد الفرضيات الرئيسية التي يجري فيها التمسك بإساءة الاستعمال ودفعه في النهاية من قبل محكمة النقض، وفي أغلب الأحيان بأحكام نقض. والأمر على هذا النحو عندما يبلغ مائع الامتياز رفضه تجديد العقد، بالتناقض مع موقف حمل شريكه على الالتزام بتوظيفاته⁽³⁾، أو جمل صاحب الامتياز في وضع الرية حول مصير مستقبله وبدون وجود أي سبب تسويع لقراره رغباً عن الوعد المعطى لجميع أفراد شبكته بالأخذ في الحسبان فعاليتهم⁽⁴⁾، بدون إيراد تخلف متميز في حين أن القطع يبدو قبل أوانه تجاه التعهدات التي فرضت على صاحب الامتياز⁽⁵⁾، أو كذلك بالحفاظ على العلاقات مع صاحب الامتياز لقساوة بعد قدوم الأجل⁽⁶⁾.

ويمكن إبداء الأسف لاجتهاد كهذا. إن صاحب الامتياز لا يملك بالتأكيد أي حق في التجديد ولا يمكن بالتالي أن نأخذ على شريكه في التعاقد عدم تقديم أي سبب تسويع له أو بيان ما يبدو مغلوفاً، ذلك أن الأمر، ربما ليس سوى بمجرد انتهاك واجب خلقي⁽⁷⁾.

ولا شك في أن روحية التعاون التي يجب أن تشجع الشركاء على التعاقد تبرز بشكل خاص في مجال العقود المبرمة في قطاع التوزيع. وهذه العقود، من جهة أولى، تضع الشريكين في علاقة وأحدهما على العموم في وضع تبعية اقتصادية، أو على الأقل في وضع دونية تجاه الآخر. ومن جهة ثانية هما منذوران طبيعياً للالتزام بالماله بسبب اكتساب الزين الضروري والمشارك، وهؤلاء الزين سيأثفون معهما. فليس من الإسراف إذا تخفيض عتبة

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 شباط 1981، النشرة المدنية، IV رقم 74، صفحة 58، Sirey-Dalloz 1982، صفحة 4، تعليق J.SCHMIEDT - SZALEWSKY. أخف إلى ذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 1 تموز 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 199، صفحة 167، تأييد محكمة استئناف في حكمها بأن مائع الامتياز الذي أعلن لصالح الامتياز، في التعابير عينها للسنة السابقة، عن نيته في تجديد عقده بدون أن يحدد له أن منطلة نشاطه ستكون متبورة إلى حد كبير أوقعه في الغلط وارتكب بذلك خطأ. قارب بحكم الغرفة التجارية في 4 حزيران 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 240، صفحة 195، تميز الموعد «إلزاماً بدون شرط».

(2) انظر المدخل العام، رقم 703 وما يليه.

(3) النقض التجاري في 4 كانون الثاني 1994، النشرة المدنية، IV، رقم 13 صفحة 10؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة I، G، 3757، رقم 10 وما يليه، ملاحظات (انتقادات) Ch.JAMIN، 6 - كانون الثاني 1987 المذكور آنفاً.

(4) النقض التجاري في 3 كانون الأول 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 410، صفحة 329.

(5) النقض التجاري في 30 تشرين الثاني 1982، المذكور سابقاً.

(6) النقض التجاري، 3 أيار 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 140، صفحة 111، Dalloz 1979، صفحة 384.

(7) انظر: L.G.D.J.، G.RIPERT، La règle morale dans les obligations civiles، 1949، رقم 100، صفحة 175.

إساءة الاستعمال والأخذ بأن الخفة الملوحة تشكل المعيار الذي يتيح تمييزها⁽¹⁾. ينبغي بالتالي، إذا كانت الحال على هذا النحو، قبول أن رفض تجديد العقد مع أنه تبنى مسلكاً أو قدم أسباب تسويق يمكن على الأقل أن تجعل شريكه في التعاقد يفكر، بسبب التباسها، في أن عقده سوف يجدد، يجب أن يشكل إساءة استعمال كهذه، ولا سيما عندما يكون هذا الشريك، بسبب ذلك، قد تكبد مصاريف كبيرة أو امتنع عن القيام بمساع ضرورية للحفاظ على نشاطه في قطاع آخر أو مع شريك آخر. إن موقفاً كهذا يترك بالفعل على عاتق أحد الشريكين كلفة التوظيف التي تخلق كلياً بالتوازن المتعلق بالتقديمات الناتجة تحملاً عن تنفيذ العقد، على عكس المبدأ الذي يجب أن يمس نظام العقود الجمعية.

ويمكن على الأكثر، في حالة القانون الوضعي، إبداء الأسف ذلك بأن الحل الذي تبنته محكمة النقض يجعل أي توظيف مجازفة كبيرة، وعلى وجه الخصوص لجهة أصحاب الامتياز، في غياب تعهدات حاسمة من قبل مانحي الامتياز. إن أصحاب الامتياز يدون اليوم خاضعين للبدلية التالية: إما أن يمولوا، مما لا يمنع استبعادهم من الشبكة، رغباً عن البالغ الكبيرة التي التزموا بها، وإما أن يحجموا عن التمويل ولكنهم سيكونون متأكدين من استبعادهم. وهذا الحل يبدو مضرراً على الصعيد الاقتصادي ذلك بأنه يجعل بقاء هذه المؤسسات المتوسطة التي هي الامتيازات التجارية أكثر هشاشة. لا يسعنا إذاً إلا أن نأمل تحولاً في الاجتهاد الحالي، على صورة التطور الذي يبدو مرسماً في صدد العقود لمدة غير محددة⁽²⁾.

إن مدة تنفيذ العقد قابلة للتعديل. ويمكن أن تطول بتمديد ضمني.

الفقرة 1 - تعديل مدة تنفيذ العقد

221 - يمكن أن يتم هذا التعديل عن طريق تخفيض مدة العقد أو امتدادها.

222 - تخفيض مدة تنفيذ العقد

الخرق الأحادي الجانب للعقد لمدة محددة محظر من حيث المبدأ. وقد نص المشرع على بعض الاستثناءات على القاعدة⁽³⁾ وهي تفسر حصرياً⁽⁴⁾. وجرى البحث عن أسس هذه

(1) قارن بالنسبة إلى التوسيع القديم بحكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1971، Dalloz 1972، صفحة 73، تعليق B.R، في صدد عقد العمل المتبرع برابط تبعية قانونية.

(2) انظر الرقم 247 لاحق.

(3) انظر B.HOUIN، La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques، أطروحة في باريس III، 1973، طبع على الآلة الكاتبة، الرقم II - 74 وما يليه، صفحة 202 وما يليها. قارن بالحقوق المبنية في التزم كالحق المتصور عليه لصالح مؤلف إنتاج أدبي (المادة 32 من قانون 11 آذار 1957).

(4) انظر بهذا المعنى B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 11 إلى 95 وما يليها، صفحة 234 وما يليها. وعلى عكس ذلك R.DEMOGUE، Des modifications aux contrats per volonté unilatérale، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1907، صفحة 245 وما يليها وبخصوصاً صفحة 268.

الشذوذات، وأولها يعود إلى طابع العقد المبرم بالنظر إلى شخص المتعاقد معه، والثاني عدم المساواة بين الفرقاء، والثالث المرونة اللازمة لبعض الاتفاقيات⁽¹⁾.

وقد نص القانون، في قانون الشركات، على بعض حالات الحل المبين. وهكذا جاء في المادة 1844 - 7، الفقرة 5، من القانون المدني: «تنتهي الشركة (...) بالحل المبين الذي تملنه المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء لأسباب تسويغ صحيحة، وعلى وجه الخصوص في حالة عدم تنفيذ أحد الشركاء موجباته أو سوء التفاهم بين الشركاء الذي يشل سير عمل الشركة». ومن المهم فقط بيان أن محكمة النقض توجب على قضاة الأساس تقدير قيمة أسباب التسويغ المتنوع بها بأن يضعوا أنفسهم في اليوم نفسه الذي يتخذون قرارهم⁽²⁾ فيه. غير أن قضاة الأساس يملكون سلطة ميدة في التقدير وبالتالي مستبعدة عن أي رقابة لمحكمة النقض⁽³⁾. والخلاف بين الشركاء لا يمكن أن يشكل سبب تسويغ صحيح لحل الشركة إلا أن يشل سير عمل الشركة⁽⁴⁾. فالقانون يعترف إذاً بحق الفسخ الأحادي الجانب غير أنه يوكل إلى المحاكم مهمة التحقق من جدية استعماله.

والوكالة، حسب المادة 2004 من القانون المدني، قابلة للرجوع عنها بحرية أيًا كانت مدتها⁽⁵⁾. فالفرقان يستطعان الشذوذ عن هذا المبدأ والاجتهاد وضع نظرية «الوكالة ذات المصلحة المشتركة» التي بمقتضاها لا يمكن أن ينتج العدول إلا عن رضا الفريقين المتبادل⁽⁶⁾. والمصلحة المشتركة تجعل الوكالة لمدة محددة غير قابلة للرجوع عنها. إن الأمر يتعلق بالعودة إلى القانون العام للعقد المقترب بأجل مسقط⁽⁷⁾.

والمادة 1794 من القانون المدني تمنح صاحب العمل الذي تعامل جزائياً حق الفسخ الأحادي الجانب شرط التعويض على الملتزم. والأمر يتعلق بنص غير مألوف من القانون العام.

- (1) B.HOUTIN، الأطروحة السالفة الذكر، الرقم II - 76 وما يليه، صفحة 206. يصف المؤلف مختلف العقود لمدة محددة التي تكون فيها إمكانية الفسخ الأحادي الجانب مقبولة تبعاً للأسس المبينة على هذا النحو.
- (2) الفسخ التجاري في 4 كانون الأول 1968، مصنف الاجتهادات الدوري، 1969، IV، صفحة 23.
- (3) الفسخ التجاري 25 شباط 1964، النشرة المدنية، III، رقم 98، صفحة 85. إضاعة إلى الفسخ التجاري في 16 شباط 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 59، صفحة 66، Dalloz 1970، الصفحة 136 من المرجز.
- (4) انظر الفسخ التجاري في 16 آذار 1954، مصنف الاجتهادات الدوري، 1954، II، 8172، تعليق J.R. - 15 شباط 1955، النشرة المدنية III، رقم 165، 28 شباط 1977، النشرة المدنية، IV، رقم 65، صفحة 157. تبقى هذه الحلول صحيحة اليوم رغمًا عن الإصلاحات المتعاقبة التي كانت الشركات موضوعها. انظر بهذا المعنى G.LAGARDE، من، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثالثة، الشركة المدنية، رقم 147.
- (5) وكالة وكيل ملكية مشتركة حتى لمدة محددة، يمكن الرجوع عنها في أي وقت. انظر على سبيل المثال الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 نيسان 1988، النشرة المدنية، III، رقم 80، صفحة 46.
- (6) انظر الرقم 251 للاتح.
- (7) انظر بهذا المعنى B.HOUTIN، الأطروحة المذكورة آنفاً، الرقم II - 132، صفحة 292.

وعلى الوديع رد الإبداع لدى أو طلب من المودع، حتى ولو كان العقد قد حدد مهلة معينة (المادة 1944 من القانون المدني).

وعندما يحصر القانون مدة تنفيذ العقد في مهلة معينة يسمح أحياناً لأحد الفريقين بفسخه قبل الاستحقاق العادي. وبإمكان مؤجر محل تجاري إرسال إخطار كل ثلاث سنوات عندما يلجأ، على وجه الخصوص، إلى أشغال إعادة البناء (المادة 3 - 1، الفقرة 3، من مرسوم 30 أيلول 1953). ومنذ القانون رقم 85 - 356، تاريخ 30 كانون الأول 1985، يستطيع المستأجر الذي يطلب الاستفادة من حقوقه في التقاعد فسخ العقد قبل الاستحقاق العادي (المادة 3 - 1، الفقرة 4).

أما الإيجارات لاستعمال سكني فإن قانون 22 حزيران 1982، الملغى، كان ينص على حق الاستفادة للسكن (المادة 9). ولا ينص قانون 23 كانون الأول 1986 على إمكانية كهذه لأن مدة الإيجار، في ما يتعلق بمهلة الإيجار، أقل قسراً بكثير من السابقة. وبالمقابل يستطيع المستأجر، في رؤية اجتماعية، إرسال إخطار في أي وقت (المادة 11). ويتضمن قانون 6 تموز 1989 اعتبارات اجتماعية (وسياسية) تعدل القانون السابق. وإذا كان المؤجر لا يستطيع، من حيث المبدأ، فسخ العقد، فإن المستأجر بإمكانه، من ناحيته، فسخ العقد في أي وقت (المادة 15).

وفي وسع المكتب في التأمين على الحياة فسخ العقد من جانب واحد برفض دفع الملاوة، ولا يستطيع المؤمن إجباره على التسديد (المادة 132-120 من قانون التأمين، قانون 7 كانون الثاني 1981). إنها القاعدة المسماة قاعدة «الطابع الاختياري للدفع»⁽¹⁾.

إن مجموعة هذه الشذوذات عن النظام العادي للعقد تنزع، كما بين بوضوح السيدة Azéma، إلى أن تقلص بصورة ملموسة التعارض بين العقود لمدة محددة والعقود لمدة غير محددة⁽²⁾.

وفي وسع الفريقين باتفاق مشترك، حتى ولو كان التعبير عنه ضمناً⁽³⁾، وضع نهاية للعقد. وهذه الإمكانية، المعروفة في صيغة عبارة التباين المشترك Mutus dissensus⁽⁴⁾،

(1) انظر حول هذه المسألة M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres, الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، 1982، تأليف A. BESSON، رقم 488 وما يليه.

(2) الأملوحة المشهد بها سابقاً، رقم 245 وما يليه.

(3) انظر حكمي التقاضي المدني في 7 تموز 1858، Deloz الدوري، 1، 58، صفحة 329 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 كانون الأول 1985، النشرة المدنية، I، رقم 330، صفحة 298. فإن يحكم الغرفة المدنية الثالثة، 14 تشرين الأول 1982، النشرة المدنية، II، رقم 268، صفحة 165، التي أخذت، في مادة الإيجار، في حال غياب نزع نظامي من العقد عقب فترة السنوات الثلاث وفقاً لاتفاق الفريقين أو الحل القضائي التجاري تنفيذه، «بأن الإيجار لا يمكن اعتباره مفسوخاً بصورة مسبقة مع موافقة المؤجر لأن هذا الأخير انتظر ثلاث سنوات ليطالب بدفع متأخرات بدلات الإيجار».

(4) انظر تلاشي العقد.

متنصوص عليها بصراحة في المادة 1134، الفقرة 2، من القانون المدني. ويتم المدول، من حيث المبدأ، في شكل شرط فاسخ⁽¹⁾. وهذه القاعدة هي بديلة، إذ بإمكان الفريقين بالطبع الإعداد للعدول عن اتفاقهما⁽²⁾.

إن الاستقرار من جوهر العقد لمدة محددة. وينبغي الاستنتاج من ذلك أن أي فريق لا يملك حق إجبار الآخر على نسخ مسبق، عدا وجود نص صريح. غير أن محكمة النقض أدخلت، في حكم بقي معزولاً، نظرية إساءة استعمال الحق. فقد نقضت الغرفة المدنية الثالثة حكماً لم يبيح عملاً إذا كان الرفض الذي واجه به المودع مستأجره الذي طلب الفسخ المسبق للعقد «كان يركز على أسباب تسويغ شرعية» (...). أو عما إذا كان رفض للمودع «قد أملت الرغبة في الإضرار بشريكه في التعاقد»⁽³⁾. والإنصاف قد يأمر بهذا الحل، بيد أن الأمن القانوني لا يتوافق معه. ويضاف إلى ذلك أن هذا الحكم يصعب توقيفه مع رفض نظرية عدم التوقع.

ويستطيع الفريقان، بالطريقة عينها، التص على إمكانية الفسخ لصالح كل واحد أو لأحدهما فقط، شرط عدم ترك ممارسة هذا الفسخ لتعسف المدين⁽⁴⁾. والإجبار للاستعمال المكتني المعقود «ثلاث سنوات أو ست أو تسع» الذي غالباً ما كان يستخدم قبل القوانين الصادرة في السنوات 1982 و1986 و1989 يشكل إشهاراً تاماً لاستخدام إمكانية الفسخ. وكما بينت السيدة Azéma هناك اقتباس جزئي عن نظام العقد لمدة غير محددة خلال التنفيذ وتمسك بنظام العقد لمدة محددة طالما أن الأجل الأخير يؤدي إلى سقوط العقد⁽⁵⁾.

(1) النفذ المدني، 17 تموز 1892، D.P.93، 1، صفحة 462؛ S.91، 1، صفحة 67. - النفذ التجاري، 30 تشرين الثاني 1963، النشرة المدنية، IV، رقم 337، صفحة 281، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 166، ملاحظة J.MESTRE. - المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1985، صفحة 149 وما يليها، ملاحظة S.HÉMAR et BOULOC.

(2) انظر R.VATINET، Le mutus dissensus، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، ولا سيما رقم 35، صفحة 279.

(3) 22 شباط 1968، النشرة المدنية، III، رقم 71، صفحة 58 Dalloz، 1986، صفحة 607، تعليق Ph.M. مصنف الاجتهادات الدوري، 1969، الطبعة G، II، 15735، تعليق R.D.، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 735، ملاحظة G.CORNU. انظر: 1134 et la Ph.SIMLER، L'article 1134 et la الطبعة M.AZÉMA. الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 282 مكرر، الذي انتقد بشدة هذا الحكم على صعيد المبادئ، مقرر أن وصف الأجل غير فعال.

(4) انظر الرقم 212 السابق؛ بالإضافة، في شأن مشكلة الشرط الإرادي الفاسخ، إلى J.J.TAISNE، La notion de condition dans les actes juridiques، طبع على الآلة الكاتبة، 1977، رقم 93، صفحة 140 وما يليها. - الأطروحة السالفة الذكر، رقم 835 وما يليها، صفحة 679 وما يليها.

(5) الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 247 وما يليها، صفحة 192 وما يليها.

223 - امتداد العقد

بدعم رأي توسعي إمكانية امتداد العقد صراحة أو ضمناً، وهذا الامتداد الأخير يتوافق مع التمديد الضمني⁽¹⁾. ومن المناسب بيان ذلك بدقة أكبر. يمكن أن يعرف الامتداد بأنه الاتفاقية التعديلية التي بمقتضاها يؤجل الفريقان استحقاق الأجل المسقط، مما يفرقه عن التمديد الضمني والتجديد اللذين يولدان عقداً جديداً⁽²⁾. 'على أن التفريق بين مختلف هذه المفاهيم لا يبدو أن الاجتهاد قد يضعه بوضوح'⁽³⁾.

وقد لوحظ أن هناك، على اعتبار أن القاعدة هي سقوط الأجل المتفق عليه، ما يدعو إلى الافتراض أن توافق الإرادتين الجديد ينشئ عقداً جديداً وليس مجرد امتداد⁽⁴⁾. فالامتداد الذي لا يمكن أن يكون مفترضاً ينبغي عملياً أن يشكل موضوع اتفاقية صريحة بين الفريقين؛ كما يمكن أيضاً أن يتيح الظروف الواقعية استنتاج وجود امتداد ضمني. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في أول كانون الأول 1993⁽⁵⁾، بأن امتناع الدائن الذي لا يحصل مبلغ دينه عند استحقاق القرض ولا يتدخل قبل هذا التاريخ لدى مدينه يتيح لمحكمة الاستئناف، عن طريق تقدير سيد لنية الدائن، أن تقدر أن هذا الدائن «منع هكذا بتراخيه امتداداً ضمناً لمهل المدينين الأصليين». إن امتداد المهلة في هذه المادة يعادل هنا امتداد عقد القرض، ذلك بأن تاريخ التمديد يرسم انقضاء بتحقيق موضوعه. وواقع أن المدينين سكتوا لا يؤدي إلى البحث مجدداً في ضرورة تبادل الإرادتين: سكتوهم يعادل قبولهم بمقدار ما يكون تأجيل الاستحقاق قد جرى لمصلحتهم الحصرية⁽⁶⁾. كان بإمكانهم دائماً معارضة هذا التأجيل فتغلبوا المهلة غير ممتدة، مما يبرهن بالاستدلال بالضد على ضرورة موافقتهم.

ومن المسلم به أنه لا يمكن أن يتم الامتداد بعد سقوط الأجل⁽⁷⁾، وأن الفريقين عليهما

(1) G. LEPARGNEUR, La prorogation des contrats à exécution successive après un cas de force majeure et particulièrement à la suite de la guerre de 1914, أطروحة في باريس، 1920، صفحة 4 وما يليها.

(2) انظر الرقم 224 اللاحق وما يليه. انظر أيضاً I.PETEL، الأطروحة الثالثة الذكر، رقم 469، ولا سيما التعليق 787، الذي يعبر على التمديد المصطلحي.

(3) انظر النقض التجاري في 18 شباط 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 78، صفحة 56، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، I، 3591، صفحة 268 وصفحة 269، ملاحظة J.BILLIAU، في شأن التفريق بين الامتداد والتمديد الضمني. نازن بحكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض في 30 أيلول 1992، النشرة المدنية، V، رقم 484، صفحة 304، الذي لم يستخرج إلا ضمناً نتائج امتداد فترة التجربة لعقد عمل، مؤيداً قبضة الأساس في حكمهم بأن الأجير يجب أن يكافأ على أساس الاتفاق الأولي، مما يتزع إلى البرحة على أن «التمديد» المزمع لفترة التجربة في الحقيقة امتداد للعقد الذي بقيت نصوصه ملزمة.

(4) I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 577، صفحة 619.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 353، صفحة 246.

(6) انظر المدخل العام، رقم 408.

(7) I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 579، صفحة 621.

أن لا يعدل اقتصاد الاتفاقية جوهرياً، بحيث أن الامتداد لا يخشى عليه من وصف جديد بأنه تجديد⁽¹⁾. وهناك رأي يقول إن قواعد التجديد بالنسبة إلى العقود المنظمة، ينبغي، من حيث المبدأ، أن تطبق على الامتداد⁽²⁾.

إن الامتداد ينتج عن اتفاق ضمني على الأقل للإرادتين⁽³⁾، وإنما ليس دائماً للإرادات جميعاً. وهكذا يمكن حسب المادة 1844 - 6 من القانون المدني، أن يقرر امتداد إحدى الشركات بالأكثرية المطلوبة لتعديل الأنظمة، عندما تنص على هذه الإمكانية. ويبين هذا النص، بالإضافة إلى ذلك، أن الفرقاء بإمكانهم أن يتوفعوا عند إبرام العقد امتداداً تكون كفيته قد سبق تنظيمها.

وبالعكس قد يتطلب الامتداد أحياناً رضا شخص ثالث لكي تسري مفاعله، ويمكن أن يكون مصدر ذلك اتفاقاً⁽⁴⁾ أو قانونياً. وهكذا يستطيع صاحب حق الانتفاع أن يعقد وحده إيجارات غير التي تتناول عقاراً ريفياً أو تجارياً أو صناعياً أو حرفياً بدون اشتراك مالك الرقبة (المادة 595 من القانون المدني). وينبغي أن تكون هذه الإيجارات لمدة قصوى هي تسع سنوات. والإيجارات لمدة أطول ليست ملزمة بالنسبة إلى مالك الرقبة، في حالة انقطاع حق الانتفاع، إلا لفترة تسع سنوات (حتى في حالة التجديد). ينبغي إذا إعلان أن امتداد الإيجار الممنوح بدون موافقة مالك الرقبة غير قابل للاحتجاج به ضده طالما أن الأمر يتعلق بالعقد ذاته، ومجموع مدة فترة الإيجار ذاتها تتجاوز تسع سنوات. إن فعالية الامتداد تتطلب بالتالي موافقة فريق أجني عن العقد الأولي⁽⁵⁾.

وبما أن الامتداد هو عقد - يعدل المدة الأولية للعقد الأولي بتأمين استمرارية علاقة الموجب - يقتضي لتحديد قانونيته بالإستناد أولاً إلى شروط الصحة التي تنص عليها المادة 1108 من القانون المدني⁽⁶⁾ تم البحث عما إذا كان يقود إلى استبعاد القواعد الخاصة المتعلقة بالانظام العام.

وعندما يكون العقد محصوراً في مهلة قصوى يبدو الامتداد غير ممكن. فمرسوم 30

(1) I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 680.

(2) I.PETEL، الأطروحة المذكورة كلفاً، رقم 583.

(3) يفرض القانون ذلك أحياناً وبصورة استثنائية بسبب بعض الأحداث كالحرب؛ انظر حول هذه النقطة J.LEPARGNEUR، الأطروحة المذكورة سابقاً (القسم الثاني).

(4) انظر الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول كانون الأول 1993، الحكم المذكور سابقاً. ينص المقدم الموثق الذي يثبت تمهيد كغلاء المرحمن العقاري على أن «المقرض لا يستطيع أن يمنع المدين أي امتداد للمهلة بدون رضا صريح وخطي صادر عن السيد Manate وزوجته (الكفيلين)، تحت طائلة خسارة أي مراجعة أو دعوى ضد هذين الزوجين».

(5) انظر بالنسبة إلى رأي آخر I.PETEL، الأطروحة الآتية الذكر، رقم 660، صفحة 646 وصفحة 647، الذي يحدد صحة الامتداد لنجاء مالك الرقبة بالشروط في أن لا يتجاوز تسع سنوات، انظر أيضاً الرقم 624، صفحة 668 وصفحة 669. ويرتكز هذا التحليل على «تفطع» العقد الممتد الذي يستبعد دوام الرباط العقدي.

(6) انظر في شأن الاتفاقيات التحليلية، L.G.D.J.، 1980، مقدمة D.TALLON، رقم 407 وما يليه.

أيلول 1953 مثلاً (المادة 3 - 2) يشكل عقبة أمام تقنية الامتداد ما دام أن المدة الكاملة تتجاوز الحد الأقصى المسموح به⁽¹⁾. وعند دخول المستأجر في إيجار تجاري الأماكن تكون للفريقين إمكانية إبرام عقد لمدة سنتين كحد أقصى. ويؤكد النص أنه إذا تركت حيازة المستأجر لدى الاستحقاق نشأاً كلياً إيجار جديد لتسع سنوات. وقد احتاط القانون لأي احتياك بالنص على أن النظام يطبق تلقائياً حتى ولو أبرم الفريقان عند انقضاء العقد الأول عقد تجديد أو إيجاراً جديداً للمكان عينه (المادة 3 - 2، الفقرة 3).

وثمة تشريعات أقل قسراً. فقانون 14 تشرين الأول 1943 يحدد بعشر سنوات صحة بند الحصرية وينبغي الامتناع من ذلك، طالما أن الأمر يتعلق بحد أقصى، أن أي امتداد هو غير ممكن من أجل حماية الخاضع للبند. غير أنه ليس هناك أي نص يتعارض مع أن يبرم الفريقان عند انقضاء عشر سنوات عقداً جديداً يحوي بند حصرية⁽²⁾. ومنع الامتداد مستوًج بالأساس المقرر للمدة القصوى⁽³⁾.

وينبغي، عندما يفرض القانون مدة دنيا فقط، التساؤل حول تعايش امتداد مدته حرة، مع حق محتمل في التجديد لمدة تساري المدة الدنيا. وليس، من اليديهي، ثمة أي عقبة أمام قبول الامتداد. فليس هناك ما يدعو إلى تطلب مراعاة معاملات حق محتمل في التجديد. فهذا التجديد، ولا سيما في مجال الإيجارات، يؤخذ به وسري مفعوله فقط عند انقضاء فترة الامتداد. وقد حكمت محكمة النقض بأن الفريقين في إيجار تجاري كانا «سيدا حقوقهما وهما حران في الاتفاق على امتداد بدلاً من التجديد»⁽⁴⁾. كما حكمت بأن قواعد تجديد الإيجار الريفي لا تتعارض مع الامتداد لمدة أدنى من تسع سنوات⁽⁵⁾. وموجب الموافقة على إيجار لمدة ست سنوات على الأقل تفرضها المادة 3 ثلاثاً من قانون أول أيلول 1948 لا يستبعد إمكانية تحديد مدة أطول والتمديد المعطى قبل انقضاء الإيجار لا يمكن اعتباره إبرام إيجار جديد⁽⁶⁾.

والامتداد هو اتفاقية تعديلية ومنشئة: بقود تأجيل أجل الإيجار الفريقين إلى تبادل تقديمات جديدة. ويتقضي إذاً، من وجهة النظر هذه، قبول أن بعض القواعد الشكلية مراعاتها واجبة⁽⁷⁾.

(1) انظر بهذا المعنى I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 631، صفحة 674.

(2) النقض التجاري في 11 آذار 1981، D.1982، الصفحة 108 من التقرير.

(3) انظر الرقم 194 السابق.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 تشرين الأول 1977، النشرة المدنية، III، رقم 358، صفحة 272. كان الأمر متعلقاً في القضية الراحة بإيجار لتسع سنوات تمتد عدة مرات لمدة أقل من المدة القانونية.

(5) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية III، رقم 347، صفحة 266.

(6) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 حزيران 1983، النشرة المدنية، III، رقم 140، صفحة 110.

(7) انظر I.PETEL، الأطروحة الآتفة الذكر، رقم 593 وما يليه، صفحة 638 وما يليها. يورد المؤلف، بمثابة =

هل من الواجب أيضاً إخضاع الاتفاق لأحكام قانون جديد؟ يمكن التقدير، استناداً إلى درام الرباط العقدي، أن القانون القديم وحده منذور لـسوس اتفاق الامتداد⁽¹⁾. ينبغي أن يكون الامتداد الاتفاقي مفهوماً كرجعية اتفاقية. بيد أن الرجعية الاتفاقية لا يمكن أن تخلص من المبدأ الذي بمقتضاه يخضع اتفاق الإرادتين، الامتداد في هذه الحالة، لسلطان القانون النافذ في أونة حصوله⁽²⁾. إذن يجب أن يخضع الامتداد للقانون الجديد⁽³⁾.

الفقرة 2 - التمديد الضمني

224 - تعريف التمديد الضمني

ينص القانون أحياناً على حق التجديد لصالح أحد الفريقين - الإيجاب التجاري، الإيجاب السكني والمهني (القانون رقم 89 - 462، تاريخ 10 تموز 1989)، الإيجاب الريفي، الخ... - الذي يتحلل كعقد جديد⁽⁴⁾ مفروض⁽⁵⁾ ويمثل إذا اعتداء على الحرية العقدية - وبإمكان الفريقين أيضاً متابعة علاقاتهما العقدية إرادياً: يبقى المستأجر حائزاً ويستمر مانح الامتياز في تزويد صاحب الامتياز، الخ... ويقال إنهما يمددان العقد ضمناً. وهكذا تمكن Radouant من تعريف التمديد الضمني بأنه «إنشاء عقد جديد، عند انقضاء العقد القديم،

= مدخل، مبدأ الحل التالي: «يمكن أن تفرد الفكرة في أن الامتداد ليس سوى استمرار للعقد نفسه إلى التقرير أن لا حاجة لإطلاقاً لتكرار المعاملة. على أن المعاملة التي بمقتضاها يتجدد الامتداد عن اتفاق جديد نسيطر على الحل. فالتكرار يكون إما هو المبدأ...» (صفحة 639). الأطروحة الألفه الذكر، رقم 430 وما يليه، صفحة 175 وما يليها. وينبغي التحديد أن المبدأ يقتضي قبول بسبب الطابع المنشئي. ومن المقبول أن اتفاقية مسقطه لا تخضع، من حيث المبدأ، لأي شكل خاص - انظر R.VATINET، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 29، صفحة 274، وصفحة 275. قارن بحكم الفقرة الاجتماعية في محكمة النقض بتاريخ 19 كانون الثاني 1994، النشرة السنوية I، رقم 15، صفحة 11 الذي يبين أن أي اتفاقية صناعية لا تفرض أن يكون امتداد فترة التجربة موضوع مستند خطي.

(1) انظر بهذا المعنى محكمة استئناف باريس، 15 نيسان 1976، استنهاد I.PETEL، الأطروحة الألفه الذكر، رقم 616، صفحة 662.

(2) انظر الرقم 155 السابق وما يليه.

(3) انظر بهذا المعنى I.PETEL، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 616، صفحة 664.

(4) الإيجاب التجاري المحدد هو إيجاب جديد وليس مجرد إطالة الإيجاب القديم: الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 29 تشرين الأول 1985، النشرة السنوية، III، رقم 140، صفحة 110. والإيجاب المحدد لإيجار جديد حتى ولو استبدل اشتراطات العقد الأولي. وقد بينت إحدى محاكم الاستئناف أن شركة كفلت ثناء الموجر المستأجر لتنفيذ الموجبات الناجمة عن الإيجار لم تتمهد إلا بالنسبة إلى الملتفوعات المستحقة بمقتضى الإيجار الأصلي. ولم تكن قريباً في عقد التجديد، واستنتجت من ذلك بصواب أن موجب الكفيل توفقت عند انقضاء العدة العقدية للإيجار: الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 تشرين الثاني 1980، النشرة السنوية، III، رقم 167، صفحة 125.

(5) انظر بهذا المعنى Ch.LARROUMET، Droit civil، الجزء III، الموجبات - العقد، منشورات Economica، الطبعة الثانية، 1990، رقم 129، صفحة 117، ورقم 206، صفحة 190، التطبيق رقم 44.

بسبب إطلاء الحالة الواقعة الناتجة عن هذه الإطلاة بين الفريقين⁽¹⁾.

ولا يكرس القانون المدني سوى بسط مختصر لإوالية التمديد الضمني وفي صدد الإيجار فقط في القسم المكرس «للقواعد المشتركة بين إيجارات المنازل والأموال الريفية» (المواد 1738 و1739 و1740 و1759 و1776 من القانون المدني) بيد أن مجاله يبدو أعم.

إن المؤسسة قديمة. كان الإيجار في روما يمدد لمدة سنة⁽²⁾. وكان القانون القديم ينظر بعدم رضا إلى هذه الإوالية - التي كان يقدّر أنها خطيرة بالنسبة إلى المالكين - وكان القانون الوسيط يمنعها⁽³⁾. ولدى إعداد القانون المدني جرت مناقشات حول ملاءمة اعتماد التمديد الضمني، وأخيراً تغلب التقليد العرفي⁽⁴⁾.

225 - مجال التمديد الضمني

أحد الآراء يعتبر التمديد الضمني قاعدة خاصة بإجارة الأشياء التي لا يمكن أن تمتد إلى عقود أخرى⁽⁵⁾: إنه «اتفاقية وجودها يفترضها القانون عندما يبقى المستأجر، رغمًا عن انقضاء الإيجار، في الأماكن المؤجرة بدون معارضة المؤجر»⁽⁶⁾. وأسس الإنصاف والمنفعة الاجتماعية. ويتمسك مؤلفون آخرون بأن التمديد الضمني هو تقنية عامة للقانون العقدي⁽⁷⁾. وبين تفحص القانون الوضعي أن هذه الفكرة الأخيرة هي الأصح.

ويقدر أن إيجار الصيد البري يمكن تمديده ضمناً استناداً إلى حكم صدر في 13 نيسان

(1) موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الأولى رقم 4.

(2) M. PAGET، De la tacite reconduction - أطروحة في باريس، 1926، صفحة 7. وقد جرى الأخذ بأن التمديد الضمني لم يكن موجوداً في روما بالنسبة إلى الإيجارات المدنية: G. THOMAS، De la prorogation volontaire tacite en droit français tacite reconduction، أطروحة في عام 1929، صفحة 13.

(3) مرسوم 28 أبريل - 6 تشرين الأول 1791: «لا يسري التمديد الضمني في المستقبل على أجرة الأرض الزراعية أو بدل إيجار الأموال الريفية». وهذا النص استشهد به M. PAGET في الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 11.

(4) انظر M. PAGET، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 12 وما يليها، و G. THOMAS، الأطروحة الأتفة الذكر، صفحة 17.

(5) M. PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 23 وما يليها. من الصحيح أن كلمة «تمديد reconduction» مأخوذة من اللاتينية conductio ومعناها إيجارة.

(6) M. PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 20.

(7) Ch. LARROUMET، المرجع عينه الطبعة الثانية، رقم 206، صفحة 191: J.M. BISCHOFF، La «protection des engagements temporaires، in La tendance à la stabilité du rapport contractuel»، 1960، L.G.D.J.، P. DURAND، صفحة 130 و«صفحة 131 - R. RADOUNT، R. DALLOZ، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الأولى (1955)، V، التمديد الضمني، رقم 2 - M. PLANIOL et G. RIPERT، Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، L.G.D.J.، الطبعة الثانية، 1952، تاليف، P. ESMEIN، رقم 108، صفحة 116، التلخيص 3.

1899⁽¹⁾. غير أن هذا الحكم ليس مفتعاً، ذلك بأن التمديد الضمني كان مقبولاً من قبل المتنازعين جميعاً، بحيث أن محكمة الاستئناف لم تكن ملزمة بالحكم في هذه المسألة⁽²⁾.

إن المادة 1873 - 3، الفقرة 3، الناجمة عن قانون 31 كانون الأول 1976، تنص على ما يلي: «يمكن التقرير أن الاتفاقية (الفردية) لمدة محددة تتجدد بتمديد ضمني لمدة محددة أو غير محددة. وفي حال عدم وجود اتفاق كهذا يخضع الشروع للمادة 815 وما يليها عند انقضاء الاتفاقية لمدة محددة».

ويبدو في الممارسة أن المتعاقدين يعتبرون أن للتمديد الضمني مجاًلاً أوسع من الإيجار وحده. ولذلك يشترطون، في ما يتعلق بعقود الامتياز الحصري، أحياناً وبصرامة، أن العقد لا يمكن تجديده ضمناً⁽³⁾.

وقد جرى الحكم بأن وكالة المصلحة المشتركة يمكن أيضاً أن تمدد ضمناً⁽⁴⁾.

فقد حكمت محكمة النقض، في 6 تموز 1876⁽⁵⁾، في حكم مبدئي، بأن «التمديد الضمني يطبق، ولو لم يكن وارداً بصراحة، على عقود التنفيذ المتعاقب المبرمة لمدة محددة». وهكذا ردت وسيلة الدعم التي تركز على أن «مجال التمديد الضمني ليس عاماً وإنما يحدده القانون لبعض العقود الخاصة كعقد الإيجار أو عقد التأمين».

ومع Demogue «يمكن القول إن أي عقد يبرم لمدة محددة يمكن تجديده بالتمديد الضمني»، وتبنى المبدأ الذي بمقتضاه: «يستمر العقد بالتمديد الضمني، بعد قدوم الأجل المسقط، كلما استمر الفريقان في التصرف كما لو أن العقد ما يزال موجوداً»⁽⁶⁾.

على أن التمديد الضمني يمكن أن يستعده القانون.

وهو ممنوع في مجال إيجارات الحكر الحكمي والإيجارات البناء⁽⁷⁾.

(1) نقض بمثابة عريضة في 13 نيسان 1899، D.P.99، 1، صفحة 598.

(2) انظر في شأن سلطات القاضي الرقم 125 السابق.

(3) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 3 أيار 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 140، صفحة 11؛ Dalloz 1979، صفحة 364.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 16 شباط 1970، النشرة المدنية IV، رقم 58، صفحة 55، Dalloz 1970، صفحة 135 من الموجز. وقد حكمت محكمة استئناف باريس في 20 تشرين الثاني 1963 (الرجلة الفصلية للقانون التجاري، 1964، صفحة 136، رقم 11، ملاحظة HÉMARÉ)، والرجلة الفصلية للقانون التجاري، 1976، صفحة 781، رقم 18، ملاحظة HÉMARÉ) بأن عدم تجديد العقد، في حال وكالة عمولة لمدة محددة قابلة للتجديد بتمديد ضمني وفي فترات سرية، ما عدا رفض أحد الفريقين قبل ستة أشهر، لا يفسح في المجال للتبرير على التوكيل بالعمولة.

(5) النقض التجاري في 6 تموز 1876، النشرة المدنية، IV، رقم 231، صفحة 199.

(6) تملين على Dalloz الدوري 1912، 2، صفحة 129، المصود الأول والعمود الثاني.

(7) حتى قبل ثاؤون 25 حزيران 1802 الذي عيّن أن إيجار الحكر الحكمي لا يمكن أن يكون موضوع إطالة عن طريق التمديد الضمني كانت القاعدة مقبولة بحجة أن الحكر الحكمي هو «تجزئة خطيرة جداً للملكية لكي يستد إليها التجديد الضمني الذي لا يبيدي تجاهه المالك في الإيجارات العادية أي عدم ارتياح» - حكم =

وتنص المادة 122-10-3-L، الفقرة الأولى من مدونة قوانين العمل، في قانون العمل⁽¹⁾، على أنه «إذا استمرت علاقة العمل بعد استحقاق أجل العقد يصبح هذا العقد عقداً لمدة غير محددة». وتنص الفقرة 3 على ما يلي: «عندما تستمر العلاقة التعاقدية للعمل في عقد لمدة محددة يحتفظ الأجير بالأقدمية التي سبق أن اكتسبها استناداً إلى هذا العقد. وتستتج مدة هذا العقد من فترة التجربة المنصوص عليها احتمالاً في العقد الجديد». إن صياغة النص ملتبية. وبالفعل إذا استندنا إلى الفقرة الأولى يكون هناك مجرد إعادة وصف ليغدو العقد عقداً لمدة غير محددة وليس تعاقب عقود يكون الثاني منها بدون تحديد مدة. وبالمقابل، إذا استندنا إلى الفقرة 3 في نهايتها، يولد استمرار علاقة العمل عقداً جديداً. ويمكن التفكير في أن المادة المذكورة تستهدف وضعين؛ الأول ضبط وضع واقعي صرف: الاستمرار الضمني لعلاقة العمل، والقانون يستبدد إوالية التعديد الضمني طالما أنه يعيد وصف العقد، والوضع الثاني، على العكس، يتعلق بإبرام صريح لعقد عمل جديد لا يمكن أن يكون إلا لمدة غير محددة بموجب القانون. ويمكن أن يقرود هذا التحليل التأويلي إلى الاستخلاص أن التعديد الضمني، لأن مفعوله إنشاء عقد جديد، أصبح أجنياً عن قانون العمل. يبقى أنه يمكن أيضاً الأخذ بأن القانون، بالأخذ في الحبان استمرار عقد العمل، يقيم وزناً لمدة العقد المحدد ضمناً وحسب.

وتنص المادة 11، الفقرة الأولى، من قانون 25 حزيران 1981، في قانون التوزيع، إذ تسن نظاماً جديداً للوكلاء التجاريين، على ما يلي: «العقد لمدة محددة الذي يستمر الفريقان في تنفيذه يعد قدوم أجله يعتبر أنه قد تحول إلى عقد لمدة غير محددة». واستخدام الفعل «تحول» يبين أن العقد ذاته، المعاد وصفه وحسب، هو الذي يستمر، مما يستبعد بالضرورة التمديد الضمني.

والتعديد الضمني، في قانون التأمينات، منظم شرعاً لمدة قصوى لسنة. ويرد عموماً بتد تجديد ضمني في العقود مما يضاف بالضرورة طابعاً صريحاً للإطالة⁽²⁾. وهكذا ينشئ التعديد الضمني المنصوص عليه عقداً جديداً بدون أن يؤدي ذلك إلى امتداد العقد الأولي⁽³⁾. وفي

= محكمة Douai، 8 شباط 1878، S.81، 2، صفحة 260، الذي استشهد به M.PAGET في أطروحته في الصفحة 64.

(1) كان القف يأخذ دائماً بأن التمديد الضمني كان مطبقاً في إجارة الخدمات: انظر M. J.LITTMANN، *silence et la formation du contrat*، أطروحة في ستراسبورغ، طبع على الآلة الكاتبة، 1969، رقم 313 وما يليه، صفحة 482 وما يليها.

(2) انظر حول هذه المسألة M.PICARD et A.BESSON، المرجع عيه، الجزء I، الطبعة الخامسة، رقم 163 وما يليه.

(3) انظر النقض المدني في 26 تشرين الثاني 1929، Dalloz الأسبوعي 1930، 32 والفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 كانون الثاني 1984، النشرة المدنية، I، رقم 5، صفحة 14 Dalloz، 1980، الصفحة 271 من التقرير.

غياب الشرط يكون التمهيد الضمني غير ممكن⁽¹⁾.

وينبغي تحديد مدى بند يشترط التمهيد الضمني للعقد، قبل تعريف شروط هذا التمهيد الضمني ونظامه بصورة عامة.

1 - مدى بند يشترط التمهيد للضمين للعقد

226 - إدخال بند يشترط تمهيداً ضمناً يجب أن يفرض طبيعياً إعادة وصف العقد. يشترط المتعاقدون أحياناً أن يكون العقد ممدداً ضمناً، لفترات محددة أم لا، في غياب الإعلان عن فترة محددة مسبقاً. ومن البديهي إبداء الدهشة من اشتراط تمهيد صريح هو، بحسب تعريف، ضمني. ويأخذ السيد Larroumet بأن البند هو في اتجاه معين لأنه «لا يعطي كلاً من الفريقين الحق في أن يفرض على الآخر تجديد العقد»⁽²⁾. فهذا البند، بالفعل، محدود في تأكيد إمكانية استمرار تنفيذ العقد بعد قدوم الأجل الاتفاقى.

غير أنه يمكن أن يعين شروط هذا الوضع ومفاعيله. فينبغي التفريق بين وضعين. يمكن أن ينص البند على التمهيد بدون تحديد، أي بدون تحديد أجل مسبق، أو النص على التمهيد مع تحديد عدد فترات التمهيد، إن إعادة وصف العقد، في الحالتين، بالنسبة إلى مدته، مفروضة غير أن الاجتهاد، كما سترى، متناقض.

227 - ينص البند على التمهيد بدون تحديد، أي بدون تحديد أجل مسبق

يمكن أن يتحلل الوضع الأول بأنه يكون عقداً واقعياً بدون تحديد المدة، إلا أن الفريقين بعدان اتفاقياً لإمكانية الفسخ الأحادي الجانب التي هي جوهر هذا النوع من الاتفاقيات⁽³⁾.

إنه الحل الأكثر استقامة. وقد تبته محكمة النقض في بعض المواد. وكان الاجتهاد، قبل الإصلاحات الحديثة لقانون العمل، يأخذ بأن العقد (عقل العمل)، عندما يتوافق الفريقان عن طريق التمهيد الضمني على امتدادات متعاقبة، في حال عدم وجود بند يحدد عدد هذه الامتدادات، يغلو لمدة غير محددة⁽⁴⁾. وحكمت الفرقة

(1) - الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 تشرين الأول 1964، 1965 Dalloz، صفحة 57، تعلين A.BESSON. انظر مع ذلك M. PICARD A.BESSON، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الخامسة، رقم 163، صفحة 465، «على أنه يمكن أن نواجه تمهيداً ضمناً إذا كان المؤن قد وقع، عند انقضاء العقد، بدون احتياج المؤن، علاوة جديدة». انظر أيضاً M.J.LITTMANN، Le silence et la formation du contrat، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، في ستراسبورغ، 1969، رقم 286 وما يليها، صفحة 463 وما يليها.

(2) - المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 206، صفحة 191.

(3) - انظر الرقم 239 للأخ.

(4) - انظر النقض المدني في 31 آذار 1924، مجلة قصر العدل، 1924، 2، صفحة 15. 4 تشرين الثاني 1931، 1932، 1، صفحة 24 - 15 تشرين الأول 1941، D.C.1942، صفحة 149، تعلين P.VOIRIN - الفرقة الاجتماعية في محكمة النقض، 17 حزيران 1964، مصنف الاجتهادات الدوري، 1964، JI، 13798، ملاحظة G.H.C. - النقض الاجتماعي في 6 أيار 1981، النشرة المدنية، V، رقم 371، صفحة 278، انظر M.PLANIOL et O.RIPERT، Traité pratique de droit civil français الجزء XI، الطبعة =

الاجتماعية في محكمة النقض، في 31 كانون الثاني 1985، «بأن العقد المبرم لمدة محددة بفصل واحد، عدا وجود بند تمديد، يبقى لمدة محددة حتى ولو تجدد للفصل اللاحقة»⁽¹⁾. على أنها أخذت، في حكم 5 حزيران 1986، بحل مختلف⁽²⁾. ليس مهماً أن لا يتضمن العقد بند تمديد ضمني، وما دام أن هناك بين الفريقين عقود عمل متعاقبة لمدة محددة خلال جميع فترات نشاط المؤسسة فإن علاقة العمل هي لمدة إجمالية غير محددة⁽³⁾. وينتج اليوم عن التنسيق بين المواد 1-122 و L-103-122، الفقرة 2، والمادة 3-15-122 من قانون العمل أن بند التمديد الضمني لعقد عمل ذي طابع فصلي لا يحول المجموعة إلى عقد لمدة غير محددة⁽⁴⁾. هناك شذوذ عن القاعدة العامة.

مثال آخر: حكمت محكمة النقض في مناسبات عديدة، من أجل تطبيق قانون 2 كانون الثاني 1970، المسمى قانون «Hoguet»، بأن الوكالة القابلة للتجديد إلى ما لا نهاية له بالتمديد الضمني ليست محددة في الزمان وأنها بسبب ذلك مشوبة بالبطلان، ما عدا الفترة الأولى⁽⁵⁾.

إنه استدلال مشابه لما أخذت به الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض في 17 حزيران 1964 التي حكمت «بأن عدد الفترات المتعاقبة، على افتراض أن العقد استمر لفترات متعاقبة لمدة سنة غير مخفضة لكل فترة كما تدعي الشركة، لم يكن محدداً وكانت للعقد مدة كاملة غير محددة»⁽⁶⁾. وينبغي الاستنتاج من أن بند التمديد الضمني المشروط لعدد من الفترات غير المحددة الذي يقود إلى إعادة وصف الاتفاقية واعتبارها عقداً لمدة غير محددة، أن بإمكان الفريقين أن يضعوا نهاية لها بحرية ضمن مراعاة بنود العقد، وأن فاعل الخرق لا يتوجب عليه أي تعويض، عدا التحفظ لجهة إساءة الاستعمال⁽⁷⁾.

يبد أن محكمة النقض لا تطبق هذه المبادئ دائماً.

* الثانية، تأليف L.O.D.J. A.ROUAST، 1954، رقم 790، ولا سيما التعليق 3. كان الأمر يتعلق بتجنب احتمال على قواعد مهلة الإحطار - وينبغي بيان أن الغرفة الاجتماعية لم تنع دائماً هذا الموقف المبني: حكم الغرفة الاجتماعية في 7 آذار 1957، النشرة المدنية، TV، رقم 286، صفحة 189.

(1) النشرة المدنية، V، رقم 74، صفحة 52.

(2) النشرة المدنية، V، رقم 285، صفحة 219.

(3) وفي الاتجاه عينه حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 18 شباط 1988، النشرة المدنية، V، رقم 115، صفحة 77 و 16 شباط 1988، النشرة المدنية، V، رقم 135، صفحة 81.

(4) انظر بهذا المعنى G.LYON-CAEN et S.PÉLISSIER، Droit du travail، الطبعة 16، 1992، رقم 225، صفحة 189.

(5) انظر على سبيل المثال، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 3، صفحة 2.

(6) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 17 حزيران 1964، مسند الاجتهادات الدوري، 1964، الطبعة I، II، 1798، ملاحقة G.H.C.

(7) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 تشرين الأول 1967، Dalloz، 1968، صفحة 193، تعليق V. DELAPORTE.

ومن المعروف أن بند التمديد الضمني في قانون التأمينات لا يقود إلى إعادة وصف العقد بالنسبة إلى مدته.

وقد حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في ما يتعلق بوصف عقد وكيل تجاري، في 27 نيسان 1974⁽¹⁾، بأن اتفاقية، قابلة للتجديد بالتمديد الضمني كل سنتين، تنص بالنسبة إلى فريق على استعادة حريته عند انقضاء كل فترة مع مراعاة الإخطار المسبق قبل ستة أشهر، يجب أن تعتبر عقداً لمدة محددة. واستمرت في هذه الطريق، في 22 كانون الثاني 1980⁽²⁾، بحكمها بأن عقد وكيل تجاري مبرماً لمدة سنة، قابلاً للتجديد سنة بعد سنة بالتمديد الضمني ما عدل إعلاناً يوجهه أحد الفريقين إلى الآخر بكتاب مضمون قبل ثلاثة أشهر من نهاية الفترة السنوية الجارية، واستمر فعلياً مدة إحدى عشرة سنة، يحتفظ دائماً بطابع العقد لمدة محددة. واستنتج من ذلك أن رفض تجديده لا يفسح في المجال للتعرض.

228 - ينص البند على التمديد مع تحديد عدد فترات التمديد

يبدو العقد في هذه الفرضية الثانية أنه في الحقيقة عقد لمدة محددة يحوي إمكانية الفسخ الأحادي الجانب أو الثنائي الجانب المسبق. وكان ذلك حالة الإيجار لـ ثلاث، ست، تسع سنوات⁽³⁾.

ولهذا السبب يقتضي إعلان بطلان وكالة حصرية للبيع خاضعة لقانون 2 كانون الثاني 1970 إذا كانت فترات التمديد الضمني محدودة في الزمان ذلك بأن مجموع السدة الحقيقية للتعهد تتجاوز ثلاثة أشهر. إلا أن محكمة النقض لا تسير في هذا الاتجاه طالما أنها قبلت صحة بند تمديد ضمني محدد بتجديد واحد لمدة سنة واحدة⁽⁴⁾. إن ما يبدو أساسياً بالنسبة إلى محكمة النقض هو الطابع المحدد للمدة الإجمالية للوكالة وليس من المهم أن تتجاوز ثلاثة أشهر. والبند المسمى بند التمديد الضمني لا يتوافق في النهاية دائماً مع الحقيقة التي تذكرها الكلمات بالضرورة، بمقدار ما يؤدي استمرار تنفيذ العقد لمدة محددة، حسب كفيته، إلى إعطاء العقد لسدة محددة وصفاً جديداً.

II - شروط للتمديد الضمني

229 - استمرار العلاقات المقننة بعد الاستحقاق المشروط أصلاً وغياب الإرادة المعاكسة المعبر عنها صراحة أو ضمناً

تنص المادة 1738 من القانون المدني على أنه «إذا بقي المتأجر حائزاً عند انقضاء

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 128، صفحة 101؛ 1975، صفحة 764، تعليق Y. DELAPORTE، الثالث.

(2) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 كانون الثاني 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 36، صفحة 28.

(3) بهذا المعنى انظر DELAPORTE، التعليق المذكور سابقاً، صفحة 767، العمود الأول.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 أيار 1980، النشرة المدنية، I، رقم 95، صفحة 70.

الإجراءات الخطية»، أي لمدة محددة، «يكون هناك إيجاب جديد (...)».

وقد أكدت محكمة النقض أن التمديد الضمني يرتكز على قرينة إرادة⁽¹⁾ مستفراة من وضع واقعي يجعل اتفاق الفريقين معقولاً⁽²⁾؛ ويقدر قضاة الأساس هذه القرينة بسايدة⁽³⁾، وإنما على من يتسلك بالتمديد الضمني إثبات أن شروطه مجتمعة⁽⁴⁾. وعدم وجود فجوة بين وضع واقعي ووضع قانوني يتيح استخلاص وجود عقد ممدد.

غير أنه كان من المقبول في الإيجاب أن استمرار الحيازة لا يكفي إذا كانت العادة أن للمستأجر مهلة معينة لمغادرة الأماكن.

وكما لوحظ في عام 1926 «استمرار تمتع المستأجر خلال مهلة المراجعة الممنوحة له حسب العادة في الأماكن، مع أن القانون لم ينص عليها، لا تدخل بالتأكيد في الحساب من وجهة نظر التمديد»⁽⁵⁾، وقد حكم بهذا المعنى بأن وجود التمديد الضمني يمكن إثباته بمجرد واقعة أن المستأجر كان في الأماكن في يوم انقضاء الإيجاب والأيام التي تليه بدون أن يبدي المالك إرادته في تجنب التمديد⁽⁶⁾. بيد أنه كان من الصعب تماماً، في حال عدم وجود نص تشريعي أو تنظيمي، معرفة متى تنقضي هذه الفترة، ولم تكن العادات، في حال غياب التقنين، تمد بأي عون ولا سيما أنها مجهولة أكثر فأكثر، على الأقل من قبل الأفراد بسبب حركية السكان. وكان يعود في النهاية إلى المحاكم تقرير ما إذا كان إشغال الأماكن يمثل مهلة كافية لافتراض تمديد الإيجاب، وذلك حسب كل حالة⁽⁷⁾.

وقد تعدل هذا الوضع بحكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 13 تشرين الثاني 1979⁽⁸⁾. وبالفعل حكمت بتعابير مجردة من اللبس بأن إرادة إقامة عقبة أمام التمديد الضمني يجب إيدؤها على الأكثر في يوم قدوم الأجل. ونقضت، بعد أن أوردت أحكام المادة 1738 من القانون المدني، حكماً اكتفى بأن يبين، لرفض الاستفادة من التمديد

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 آذار 1965، Dalloz 1965، صفحة 472، التعليق A.B. - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 14 حزيران 1984، النشرة المدنية، III، رقم 839، صفحة 471.

(2) على أنه جرى الحكم بأن استمرار الإيجاب التجاري من طريق التمديد الضمني عند انقضاء أجله أساسه في القانون وليس في إرادة الفريقين، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 أيار 1981، النشرة المدنية، III، رقم 139، صفحة 81. وهذا التمييز المنازع فيه لأن التمديد الضمني لا يمكن أن يسوّج إلا بإرادة الفريقين ليس، في الحقيقة، سوى وسيلة دعم لتسريع التطبيق للقرينتين لقانون جديد على إيجاب تجاري مستمر* لدى انقضاء أجله. انظر المدخل العام رقم 370 والتعليق 12 - 2، رقم 380، ولا سيما التعليق 49 - 1.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 أيار 1979، النشرة المدنية، III، رقم 348، صفحة 252.

(4) J.RADOUANT المذكورة سابقاً رقم 16.

(5) M.PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 86.

(6) الفرقة التجارية في محكمة النقض، أول شباط 1949، Dalloz 1949، صفحة 49 من الموجز.

(7) حكم محكمة استئناف Douai في 3 كانون الأول 1894، Dalloz الدوري، 96، 2، صفحة 271.

(8) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 تشرين الثاني 1979، النشرة المدنية، III، رقم 199، صفحة

الضمني، «بأن المؤجرين، بالإنذار بإخلاء الأماكن المرسل في 17 آذار 1977» (أي بعد أسبوع فقط من انقضاء الإيجار في 28 شباط 1977)، «أبدوا بوضوح إرادتهم في عدم تجديد الإيجار الذي انتهى حكماً عند انقضاء الأجل بدون أن تكون هناك حاجة إلى الإخطار». وفي عرف محكمة النقض «إن محكمة الاستئناف «بالحكم على هذا النحو، بدون البحث عما إذا كان المزجرون قد أبدوا قبل انقضاء الإيجار أو عند انقضائه، إرادتهم في استبعاد التمديد الضمني»، لم تعط حكمها الأساس القانوني.

ويتعارض هذا الاجتهاد مع رأي بعض المؤلفين الذي دعمه بعض المحاكم الأدنى⁽¹⁾، وبمقتضاء يمكن إرسال الإخطار بشكل مفيد بعد انقضاء الإيجار⁽²⁾.

والحل المقبول اليوم في القانون العام للإيجار يلتحق بالقواعد المطروحة في مختلف الأنظمة الخاصة بالإيجارات التجارية والرفيعة، ومنذ وقت أحدث الإيجارات للسكن، التي تتطلب عملياً في الحالات جميعاً إبداء الإرادة قبل انقضاء الإيجار لاستبعاد التمديد الضمني أو التجديد الآلي للإيجار الأولي. وهو متوافق مع إرادة المشرع المعاصر بمنح امتياز لصالح المستأجرين على حساب مصالح المؤجرين.

غير أن مسألة معرفة ما إذا كان هذا التطلب يمكن أن يطبق على عقود غير عقود الإيجار التي لم يبد المشرع إرادته في شأنها تبقى مطروحة. ويبدو أن الاجتهاد تجاهها وقد نما في صدد الإيجار قبل التطور التشريعي المعاصر يمكن أن يبقى مطبقاً. وينبغي عند ذلك أن يكون استمرار تنفيذ العقد متابعاً خلال برهة من الزمن متروكة لتقدير المحاكم لكي يمكن الاستنتاج أن إبداء الإرادة المعاكسة والمتأخرة لا يمكن أن يؤدي إلى إعادة النظر في التمديد الضمني الحاصل.

230 - هل يكفي مجرد السكوت لإثبات تمديد العقد؟⁽³⁾

طرحنا هذه المسألة في مجال الإيجار. ويبدو الجواب سلبياً بناءً فقد رفض الاجتهاد

(1) محكمة استئناف Douai، 3 كانون الأول 1894، D.P.96، 2، صفحة 271، استشهد M. J. LITTMANN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 481، التعليق 58.

(2) انظر تعليق M. J. LITTMANN، الأطروحة الآتية الذكر، رقم 293، صفحة 461. وقد لاحظ المؤلف: «عندما تثار المحاكم على البحث عن الإرادة الضمنية وإنما الأكلية للمؤجر في الموافقة على إجازة جديدة وترى نتيجة لذلك أن سكوتهم وحده غامض جداً ولا يمكن إقامة وزن له، لا يكون عدم وجود تمديد لمدة هذا السكوت مزمناً» (رقم 294، صفحة 462).

(3) انظر العرض الشامل بهذه المسألة المتنازع فيها M. J. LITTMANN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 261 وما يليه، صفحة 444 وما يليها. يعتبر هذا المؤلف أن مجرد سكوت المؤجر يساوي قرينة التمديد الضمني. ويخلص نظريته كما يلي: «إن المادة 1738 تقتضي أن سكوت المؤجر يساوي الموافقة على التمديد الضمني للعقد، ولكن يجدر أن يجدد المؤجر مخرجاً، والمادة 1739 تقدم هذا المخرج، وهي لا تدله على وسيلة أكيدة للتخلص من قرينة المادة 1738 وحسب، وإنما تقلبها أيضاً. بما أن المؤجر أعطى المستأجر بالإخلاء فإن هذا الأخير يفقد الاستفادة من التمديد الضمني إلا أن يمكن من إثبات أن المؤجر عدل بدون أي لبس يمكن من الاستفادة من الإخطار بالإخلاء» (رقم 289، صفحة 457).

أن يقيم وزناً لمجرد السكوت الذي التزمه المؤجر عند انقضاء الأجل⁽¹⁾. ينبغي إذاً لتسويق التمديد الضمني التعليل بالطريقة التالية: كان الإشغال غير المتقطع للشاغل بصفة مستأجر يترجم إيجابياً إرادته في البقاء في أماكن الإيجار. وهناك علاقة⁽²⁾ يمكن تحليلها كإيجاب. فقبول المؤجر يتجلى في تنفيذ العقد الذي كان يترجم بواقعة تأمين متع المستأجر الهادى وقبول بدل الإيجار فالمالك تصرف بصفة مؤجر.

ولا يمكن في هذه الرؤية استنتاج التمديد الضمني من مجرد السكوت «إنما من نتيجة الأعمال الإيجابية التي أنجزها الفريقان والتي تفترض نية معينة»⁽³⁾. والإثبات هو أن السكوت الذي التزمه المؤجر والناتج عن جهله بقاء المستأجر في الأماكن بدمر القرينة⁽⁴⁾.

ويبدو أن الحكم الذي أصدرته الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 13 تشرين الثاني 1973⁽⁵⁾ قد فرض إبداء لإرادة المؤجر سابقاً لانقضاء الإيجار لتجنب التمديد الضمني. وهكذا يتناقض هذا الحكم مع فكرة كون السكوت لا يكفي لإثبات وجود إرادة المؤجر بالموافقة على إيجار جديد. يبدو إذاً أن الاجتهاد الحديث هو في الاتجاه الذي تمتته السيدة Littmann⁽⁶⁾.

وفي الحقيقة لا تتيح التوافقية التي تتعلق بها محكمة النقض تفسير حلول القانون الوضعي. وقد لاحظت السيدة Littmann بصواب أنه، في معظم العقود، إذا تصرف أحد المتعاقدين إيجابياً، فإن الآخر يلتزم السكوت، على الأقل لمدة من الزمن⁽⁷⁾. ففي عقد الاشتراك مثلاً يرسل الناشر مجلاته إلى الزبون الذي يبدي موقفاً سلبياً محضاً. ولا تتجلى إرادته إلا لاحقاً عندما يدفع مبلغ الاشتراك. وهكذا ثمة فترة لا يمكن خلالها افتراض الرضا. ويتوخى المؤلف، بتبني التحليل الذي اقترحه السيد Comerlynck نزع تعميم التمديد الضمني بمفهوم الثقة. «إذا طبقنا الأساس الذي اعتمدته العديد من المؤلفين، وهو أساس الرضا الضمني، فلن يكون للسكوت سوى قيمة سلبية. ويخالف ذلك يؤدي اللجوء إلى الثقة المشروعة إلى تجديد العقد الذي انقضت مدته» (...). «وعندما لا يستدعي أي شيء في العلاقات السابقة الأستياء أو الريبة أو مجرد تلف منافع الثقة التي أوحى بإبرام العقد

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول شباط 1949، المذكور سابقاً.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 397.

(3) P. GODÉ, Volonté et manifestations tacites منشورات PUF, 1977, مقدمة PATARIN, رقم 23, صفحة 33.

(4) انظر حول هذه القاعدة J. RADOUANT المذكور سابقاً، رقم 12.

(5) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 تشرين الثاني 1979، النشرة المدنية III، رقم 199، صفحة 156.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً. «إننا باقون مقتنعين بأن سكوت المؤجر، سكوته وحده، المقترب بوجود المستأجر في الأماكن المؤجرة يمكن أن ينشئ عقد إيجار جديد، (رقم 294، صفحة 462 وصفحة 463).

(7) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 317، صفحة 485.

الأولي، يمكن استخلاص التجديد، وذلك لأن المتعاقد المجدد كان معداً للاعتقاد بهذا التجديد وبدرجة أقل لأن الظروف تتبع التراض رضا الفريقين في هذا الاتجاه⁽¹⁾.

231 - إبداء النية المعاكسة يدمر قرينة المادة 1738 من القانون المدني.

إن المادة 1739 من القانون المدني تقدم مثلاً على ذلك: «عندما يكون هناك إخطار يبلغ لا يستطيع المستأجر، ولو استمر في ثمنه، التذرع بالتמידد الضمني».

لا يمكن أن يفقد الوضع الواقعي، في القانون العام، ما أن يدل أي سبب كان على أن الرضا المتبادل عن عقد جديد غير موجود، إلى الاعتراف بوجود عقد ينشئه التمدد الضمني. ويمقتضى صيغة قديمة لمحكمة النقض: «تنتهي القرينة عندما تقاومها الوقائع وتثبت أن المزارع أو المستأجر لم يبن في التركة إلا بسلطة الخاصة وضد رغبة المجر»⁽²⁾.

وهكذا جرى الحكم بأن قبول المجر المبالغ التي أرسلها المستأجر إليه مقابل الانضاع بالامكان رغماً إرسال إخطار لا يمكن أن يثبت لوحده وجود عقد جديد في حين أن المجر لاحق طرد المستأجر وجدد إخطاره⁽³⁾.

إن إدخال بند عدم إمكانية التجديد في العقد عند الاستحقاق هو، نظرياً، عقبة ممانعة للإلزامية⁽⁴⁾. والأمر كذلك بالنسبة إلى بند يخضع التجديد لإبداء صريح للإرادة. وهذا ما يتبع عن حكم صدر في 17 تشرين الثاني 1992⁽⁵⁾ عن الفرقة التجارية في محكمة النقض. فبعد أن بين أن عقداً مبرماً لمدة ستة اشترط أن تجديده لا يمكن إلا أن يكون صريحاً، استنتج من ذلك «أن تجديد هذا العقد، عدا وجود تعديل - غير مندرج به - لاتفاقهما حول هذه النقطة قبل قدوم الأجل، لا يمكن استنتاجه من مجرد مسلك الفريقين»، وفي مثل هذه الحالة متابعة العلاقات التجارية بين الفريقين خارج الأجل المحدد.

إن كون الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض قد قبلت، وهي تحتمي وراء نية الفريقين المشتركة التي تثبت منها قضاة الأساس، كون علاقات الأعمال المستمرة بعد نقض نظامي للعقد لمدة محددة قابلة للتجديد بتمديد ضمني يمكن أن تكون خاضعة لاشتراطات العقد بعد انقضاء مدته⁽⁶⁾ لا يتناقض مع هذا التحليل: حتى ولو أخضع الفريقان العلاقات

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 319، صفحة 488، وصيغة 489.

(2) نقض بنسبة مريضة في 9 شباط 1875، D.P.76، 1، صفحة 27.

(3) الفرقة الاجتماعية في محكمة النقض، 20 تموز 1945، مجلة قصر العدل، 1945، 2، صفحة 109؛ 1946 Dalloz، صفحة 4 من المرجز.

(4) انظر حكم الفرقة التجارية في محكمة النقض، 3 أيار 1978، النشرة المدنية IV، رقم 140، صفحة 111؛ 1978 Dalloz، صفحة 384.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 356، صفحة 1253 مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة I، 3680، صفحة 129 وصيغة 130، ملاحظة M.BILLAU.

(6) الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، 3، رقم 253، صفحة 167.

الجديدة لا اشتراطات العقد السابق، إذ لم يتوخا إبرام عقد جديد؛ والأمر لا يتعلق إلا بعلاقات واقعية يمكن إنهاؤها في أي وقت.

232 - نفرض القوانين الخاصة بمختلف العقود عادة نمطاً شكلياً للاعتراض على التمديد الضمني أو على التجديد.

تنص المادة 5، الفقرة 2، من مرسوم 30 أيلول 1953، بالنسبة إلى الإيجارات التجارية على أن الإيجار الخطي، في حال عدم وجود إخطار، يستمر بتمديد ضمني خارج الأجل المحدد في العقد وفقاً للمادة 1238 من القانون المدني. على أن هناك شكاً في أن المقصود هو تجديد ضمني حقيقي؛ ذلك بأن الإيجارات، حسب المادة 5، الفقرة الأولى، من المرسوم «لا تنقطع إلا بفعل الإخطار». فقد لوحظ إذاً أن «نظام التمديد الضمني لإيجار يسوسه مرسوم عام 1953 لا يمكن أن يكون «الإيجار الجديد» الذي ينشئ قصور الفريقين حسب المادة 1738 من القانون المدني»⁽¹⁾. وقد حكمت محكمة النقض بأن الإيجار، في حال عدم وجود إخطار، يستمر بلا قيد أو شرط وليس هناك عقد جديد⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى إيجارات السكن فإن المادة 9، الفقرة 4، من قانون 23 كانون الأول 1986 تنص على ما يلي: «في حال عدم وجود إخطار أو اعتراض على تجديد عقد الإيجار المبرم ضمن شروط الشكل والمهلة الواردة في المادة 140، يمدد العقد الذي حل أجله ضمناً لمدة ثلاث سنوات»⁽³⁾. ذلك إذاً إبداء «موصوف» للإرادة مفروض لكي يشكل عقبة أمام الإيجار الجديد الضمني. وليس ثمة أي عقبة أخرى. ولذلك من المسموح به التفكير في أن هذا النص ينشئ في الحقيقة إجراء عدم تجديد الإيجار غير الإكراهي بما فيه الكفاية مع ذلك، لأن الموجر ليس عليه أن يبرّح رفضه التجديد.

وقد ألغى القانون رقم 89 - 462، تاريخ 6 تموز 1989، النازع إلى تحيين العلاقات الإيجارية والمعدل للقانون رقم 86 - 1290، تاريخ 23 كانون الأول 1986⁽⁴⁾، الفصول من I إلى IV من هذا القانون الأخير. ولا أخذ يجهل أنه مرتبط بتغيير الأكثرية السياسية التالية للانتخابات الرئاسية لعام 1988. وأصبح المستأجر، كما في قانون 22 حزيران 1982، يملك حقاً حقيقياً في تجديد عقده، أي أن الموجر ملزم بتعليل الإخطار (المادة 15 - 1). وتنص المادة 10، الفقرة 2، على ما يلي: في حال عدم وجود إخطار

(1) P.GALLAND, La tacite reconduction dans les baux réglementés, مجلة قصر العدل، 1979، الفقه، I، صفحة 178.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 19 شباط 1975، النشرة المدنية، III، رقم 70، صفحة 53؛ مجلة بدلات الإيجار 1975، صفحة 248 - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 تموز 1980، النشرة المدنية، III، رقم 138، صفحة 102.

(3) انظر حول هذا النص J.-L.AUBERT, Quelques remarques sur le mécanisme de la tacite reconduction, في: Defrénois 1987، البند 33901 صفحة 281.

(4) مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة G، III، 62913.

وفقاً لشروط الشكل والمهلة الواردة في المادة 15، يحدد عقد الإيجار الذي جاء أجله ضمناً لمدة مساوية لمدة العقد الأولي أو إذا كانت مدة الإيجار الأولي أدنى، تكون المدة على الأقل مساوية للمهل المحددة في الفقرة الأولى من هذه المادة». وتبقى الملاحظات المقدمة في ما يتعلق بالمادة 9، الفقرة 4، من قانون عام 1986 في محلها. إنه دائماً إجراء عدم تجديد جرى إنشاؤه.

على أنه يمكن التعليل بأن صياغة الفقرة الثالثة من المادة 10 ناقصة على الأقل. فهذا النص جاء كما يلي: «في حال عدم وجود إخطار أو تمديد ضمني، يحدد العقد المنتهي لمدة تساوي على الأقل المهل المحددة في الفقرة الأولى من هذه المادة (...)». ولا نرى أي وضع يمكن أن يحميه هذا النص بسبب وجود حق في التجديد، وهذا النص الحشوي يترجم إرادة المشرع في عام 1989 في فرض التجديد في الحالات جميعاً في غياب إخطار معلل.

233 - تأثير الفسخ الودي للمقدد قبل حلول الأجل.

ينبغي الافتراض أن الفريقتين، قبل حلول الأجل، فسخا العقد حياً، والمستأجر مع ذلك ما زال حائزاً.

وقد قلبت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 29 تشرين الثاني 1972⁽¹⁾، أن الفسخ الودي الذي بقي «حبراً على ورق» بسبب بقاء المستأجر في الأماكن، وقيامه بدفع بدل الإيجار وتحقيق العديد من التوظيفات، وصفة «رجل الأعمال البقعة» للمالك، كان بلا مدى. وكان التمديد الضمني ممكناً إذن. والمدلول عن التباين المتبادل Mituus dissensus يبدو هكذا صحيحاً. ومن الصحيح أن المستأجر استمرت حيازته خلال عشرين اعتباراً من الفسخ الحي.

وقد اعتمدت الغرفة ذاتها في محكمة النقض حلاً مختلفاً في 14 حزيران 1984⁽²⁾ في هذه العبارات: «إن التمديد الضمني الذي يفترض وجود إيجار خطي جاء أجله يركز على قرينة إرادة الفريقتين، والحكم الذي ثبت من وجود فسخ ودي للإيجار لم يكن ملزماً بالإجابة على الطلبات المجردة من المدى» والذي أخذ بأن الموقف السابق للمؤجر كان يساوي تمديداً ضمناً وبالتالي عدولاً عن التمسك بالفسخ.

ويقتضي تحديد مدى هذا القرار. أن التمديد الضمني، كما بينت محكمة النقض، يركز على قرينة إرادة ناتجة عن الاستمرار الواقعي للعلاقات العقدية اللاحقة لاستحقاق الأجل. وهذا يعني الأجل المشروط سابقاً⁽³⁾. وليس التباين المتبادل مبرماً على وجه العموم قبل استحقاق الأجل وحسب وإنما هو يكشف بصورة خاصة نية المتعاقدين في فسخ

(1) النشرة المدنية، III، رقم 639، صفحة 471.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 118، صفحة 83.

(3) على نقيض ذلك M. PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 61 - G. THOMAS، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 35.

اتفاقيتهما. ففريضة الإرادة قد هدمت إذن. ومتابعة الإشغال الواقعي الصرف لا يمكن بالتالي أن تتحلل كتتمديد ضمني. على أنه تم الأخذ، في القضية الراهنة، بأن الموجر قد عدل عن التمسك بالفسخ الودي، والحال أن العدول الذي هو تنازلي صرف ينتج مفعولاً رجعياً. فلم يعد من الممكن نظرياً الأخذ في الحسبان العدول الودي. ولا يمكن فهم هذا الحكم، وفقاً لهذه المبادئ، إلا بالأخذ بأن متابعة إشغال الأماكن الواقعي قد تم في حين أن الاتفاق الأولي للإيجار لم يكن قد جأى بعد. كان هناك مجرد استمرار للعقد الأولي. غير أن الوقائع التي يسردها الحكم لا تتيج مع الأسف أن الأمر كان على هذا النحو، فتواريخ الأعمال لم تكن محددة، حتى أن ثمة شكاً في أن التحليل المقترح هو التحليل الذي اعتمدته محكمة النقض والذي يؤكد بالفعل أن قضاة الأساس غير ملزمين بالإجابة على وسيلة الدعم المستخرجة من العدول عن التمسك بالتباين المتبادل «المجرد من المدي». وهذا يعني أنه بلا تأثير وبالتالي لا يعدل حل النزاع. ينبغي إذاً التوجه نحو طريق أخرى. إن محكمة النقض تعتبر بالضرورة أن التباين المتبادل لا يمكن الرجوع عنه بالتتمديد الضمني، وإنما باتفاقية جديدة وحسب. ويبدو أن الغرفة المدنية الثالثة قد استوتحت المادة 1739 من القانون المدني التي يفتنضها عندما يكون هناك إخطار مبلغ بالإخلاء لا يستطيع المتأجر، رغمًا عن استمراره بالانتفاع، التمسك بالتتمديد الضمني⁽¹⁾.

إن حلاً كهذا، في عموميته، قابل للنزاع فيه. ليس ثمة أي نص قانوني يمنع المتعاقدين من العودة إلى اتفاق فاسخ حتى إلى العدول عن التمسك به. بيد أنه من المقبول أن لا يعتبر الإخطار عقبة تمنع التمديد الضمني⁽²⁾، فيكون من المنطقي الأخذ بأن الفسخ الحبي يمكن اعتباره عديم المفعول فيتيج استمرار الإشغال في الاستحقاق المشروط سابقاً إذا فعالية التمديد الضمني. غير أننا سبق أن رأينا أن القانون الوضعي هو في اتجاه مختلف.

وكما لوحظ سابقاً ينبغي أن تكون إرادة عدم إعمال التمديد الضمني جلية قبل انقضاء الإيجار. غير أن هذه الإرادة التي جرى إبدائها في الوقت المناسب يجب أن تكون لها فعالية تامة بدون أن يكون للتمسك بالوضع الواقعي قيمة عدول يمكن التلذذ به.

(1) انظر C. GROSLIERE، J.-Dalloz، مرسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، ٧ الإيجار (1987)، رقم 669 - M. PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 93. وبين المؤلف قصد: بشكل الإخطار المسلم بعد قدوم الأجل وإنما قبل استحقاق الفترة التي لا يكون التمدد خلالها قد جرى اكتساب عقبة نهائية أمام التمدد الضمني (صفحة 92). أهف إلى ذلك، إيجار الأموال الريفية، التمدد الضمني - الإخطار - المهلة، مقالة مغلفة، يوميات الكتابة المدل، 1885، البند 25610، صفحة 129 وما يليها. وعلى نقض ذلك G. THOMAS، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 44، التعليل رقم 59. لا يأخذ المؤلف إلا بأن تكون الموافقة الصريحة للمرسل إليه الإخطار حرمان التمدد الضمني من المفعول.

III - نظام التمديد للضميني

234 - العقد الممدد ضمناً هو عقد جديد.

هذه القاعدة التي ناقشها الفقه⁽¹⁾ أكيدة في القانون الوضعي⁽²⁾.

وقد نقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 13 آذار 1990⁽³⁾، لانتهاك المادة 1134 من القانون المدني، حكماً حكم بأن عقد تأمين «مجدداً سنة فسة لم يكن يشكل سوى اتفاقية واحدة ووحيدة». وكذلك ذكرت بأن «التمديد الضميني لا يؤدي إلى امتداد العقد الأولي وإنما يولد عقداً جديداً».

إن قديم الأجل يضع نهاية للعقد الأولي لأنه كان لمدة محددة⁽⁴⁾، فالعقد استنفذ مفاعيله. ويتبع عن ذلك أن العقد الجديد خاضع للقانون النافذ في يوم التمديد وليس في يوم العقد الأصلي. والامر على هذا النحو بالنسبة إلى تقدير أهلية الفريقين.

على أن مبدأ جدة العقد الممدد لا يعني بسبب ذلك أنه خاضع للمعاملات المفروضة لدى إبرام العقد الأولي.

وهذا ما جرى الحكم به في شأن علنية عقد الإجارة الإدارية بالنسبة إلى مؤسسة تجارية أو مؤسسة حرفية (المادة 8 من قانون 20 آذار 1956) ومفعولها إبراء المؤجر من موجه تجاهه

(1) انظر على سبيل المثال R.DEMOGUE الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 130، المصدر الأول والمعمود الثاني، حيث يرى أن التمديد الضمني ليس عقداً جديداً وإنما فعل تأجيل الأجل الأولي إلى تاريخ لاحق. إنه مجرد تحليل للاتفاقية. هناك إذا عدول عن الأجل المسقط. بيد أنه من المعروف أن العدول عن حق في القانون الوضعي لا يفترض افتراضاً ولا يمكن أن ينتج عن السكوت، انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 شباط 1974، النشرة المدنية، III، رقم 70، صفحة 53. وقد لاحظت السيدة Littmann أن مذهب Demogue «يستخدم بالقاعدة التي بمقتضاها لا يمكن أن يؤدي السكوت وحده إلى تعديل شروط عقدية، إذ إن عدم وجود احتجاج ليس كافياً لإنتاج هذا المفعول» (Le silence et la formation du contrat، أطروحة في ستراسبورغ، طبع على الآلة الكاتبة 1969، رقم 277، صفحة 441)، من الأفضل إذاً تقدير أن قديم الأجل المسقط ينتج مفعول التام، وإن الفريقين، بإبداء إرادتهما ضمناً عن طريق أعمال مادية في التنفيذ، أرادا الالتزام برباط عقد جديد.

(2) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 13 آذار 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 77، صفحة 52 (عقد تأمين). - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 8 شباط 1984، النشرة المدنية، III، رقم 33، صفحة 26 (إيجار الأرض الزراعية). - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 كانون الثاني 1984، النشرة المدنية، I، رقم 6، صفحة 4 (عقد تأمين). - 18 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، I، رقم 21، صفحة 19 (بند تمديد ضميني، عقد تأمين). - الغرفة المدنية الثالثة 13 تشرين الثاني 1985، النشرة المدنية، III، رقم 141، صفحة 108 (إيجار ريفي بمنح من نظام أجرة الأرض الزراعية). - الغرفة المدنية الأولى، 17 تموز 1980، النشرة المدنية، I، رقم 220، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 397، ملاحظة Fr.CHABAS - نقض بنسبة هريفة في 9 شباط 1875، Dalloz، 76، صفحة 27.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 77، صفحة 52، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 464، رقم 2، ملاحظة J.MESTRE.

(4) انظر بهذا المعنى J.RADOUANT المذكور آنفاً، رقم 17.

الدائنين. ويمكن التفكير، طالما أن التمديد الضمني ينشئ عقداً جديداً، أن إتمام معاملات العلنية ضروري. ففي 7 تموز 1966 حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض بمكس ذلك بعبارات واضحة بصورة خاصة⁽¹⁾: «لا تفرض المادتان 2 و 8 من قانون 20 آذار 1956، اللتان تفرضان نشر عقد الإجارة الإدارية، وتنصان على مسؤولية مالك العقار التضامنية في صدد الديون الناجمة عن استثمار المئير خلال الأشهر الستة التي تلي هذا النشر، في حالة التمديد الضمني للعقد، نشراً جديداً ولا تقيم فترة سنة أشهر جديدة بالنسبة إلى مسؤولية المئير». وقد أخذت بهذا الحل المبدي من جديد الغرفة التجارية في محكمة النقض في 3 آذار 1992⁽²⁾ بعد أن بينت فقط أن هذا الإعفاء خاضع لغياب تعديل في شخص المستثمر وفي طبيعة الاستثمار.

235 - شروط العقد الممدد وهي، من حيث المبدأ، ماثلة لشروط العقد القديم

تبقى الموجبات جميعاً التي التزم بها الفريقان قائمة: «المبدأ أن الفريقين يستمران مرتبطين باشتراطات العقد الأصلي عندما يستمران في التنفيذ بالتمديد الضمني خارج الأجل المتفق عليه»⁽³⁾، إذ يستمر بند الفسخ والبند الذي يحدد كيفية دفع بدل الإيجار المدخلة في الإيجار الأولي في التطبيق على وجه الخصوص⁽⁴⁾. والقاعدة مستنتجة من المادة 1759 من القانون المدني التي تنص على أن المستأجر من المفترض أنه يشغل الأماكن «بالشروط عينها».

وقد حكمت المحكمة المدنية في سين بأن الوعد بالبيع المدخل في إيجار ويعطي المستأجر حق اكتساب المال المئور خلال تنفيذ هذا الإيجار يغدو عديم المفعول عند قدوم الأجل بحجة «أن إقدام الزوجين K... على ترك الأماكن المؤجرة في الحيازة له مفعول قيام إيجار جديد (...). وليس امتداد مفعول الوعد بالبيع الذي ليس من جوهر عقد الإيجار ولا من طبيعته»⁽⁵⁾. وقد جرى إبراز أن اتفاقية ما يمكن أن تتضمن اشتراطات مستقلة وأن الوعد بالبيع لم يكن قابلاً لأن يكون موضوع تمديد ضمني. على أن الوعد إذا كان شرطاً حقيقياً في الإيجار فإنه ينبغي أيضاً أن يحافظ عليه⁽⁶⁾. وقد لقي هذا الرأي ضمان محكمة النقض⁽⁷⁾.

(1) D.1966، صفحة 555، مصنف الاجتهادات الدوري، 1966، الطبعية II.G. 14842، تطبيق J.NECTOUX، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1966، صفحة 908، ملاحظة AJAUFFRET.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 104، صفحة 76.

(3) النقض الاجتماعي في 27 نيسان 1964، D.1965، صفحة 214، تعليق A.ROUAST.

(4) النقض التجاري في 16 أيار 1953، S.1953، ولا سيما صفحة 81.

(5) المحكمة المدنية في سين، 9 آذار 1912، بومات الكتابة العدل، 1913، البند 30540، صفحة 74.

(6) M.PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 173 وصفحة 174.

(7) النقض بمناسبة مريضة في 15 أيار 1922، مجلة بدلات الإيجار، 1922، صفحة 449.

236 - النقاش حول مدة العقد الممدد

ثمة فكرة متشعبة تكون بمقتضاها العقد الممدد لمدة غير محددة بالضرورة إلا أن ينص القانون على خلاف ذلك. فقد رأى Radouant مثلاً أن: «العقد الجديد ليس لمدة محددة مساوية لمدة العقد الأولي؛ إنه عقد لمدة غير محددة»⁽¹⁾.

إن هذا التأكيد لا يحمل على الانتقاد. غير أن بعض المؤلفين رأى أنه من الملفت، إن لم يكن من غير المنطقي، الاعتبار أن الفريقين أرادا الحفاظ على شروط العقد المتقضي باستثناء الشرط المتعلق بالمدة. فالعقد كلٌّ ومن التعسفي على الأقل فصل الاشتراطات تحت غطاء إرادة مفترضة⁽²⁾. ولا يمكن أن يسوّغ الاستثناء إلا بإرادة تقليص سينات تفسير غير صحيح للإرادة⁽³⁾. فحرية الفريقين مصانة طالما أن كلا منهما يملك حق الفسخ الأحادي الجانب.

من الصحيح أن بعض الأحكام أخذ بأن التمديد الضمني يتم لمدة غير محددة⁽⁴⁾. بيد أنه لوحظ أن التمديد الضمني للإيجار لا يتحقق بالضرورة لمدة غير محددة⁽⁵⁾.

ويظهر أن مدة العقد الممدد ضمنية غالباً ما يستنتج من نية الفريقين المشتركة. ويمكن أن نقرأ في حكم رد بتاريخ 20 تشرين الأول، 1982⁽⁶⁾ التعليل التالي: «ولكن من حيث أن محكمة الاستئناف، التي لم تتناقض مع نفسها في تقدير نية الفريقين المشتركة بسيادة، أخذت في حكم معلل بأن العقد الأولي كان قد تجدد ضمناً سنة بعد سنة، فكانت لدى الفريقين إمكانية العدول عن التجديد عقب كل من الفترات السنوية كما جرى الحكم استناداً إلى نية الفريقين المشتركة بأن التمديد الضمني للوكالة يتم لمدة غير محددة»⁽⁷⁾. وعليه لا يمكن إلا تأكيد وجود قرينة عدم التحديد.

بيد أن رجوع الاجتهاد إلى نية الفريقين المشتركة منازع فيه. فيما أن نية الفريقين المشتركة، بحسب تعريفها، غير معبر عنها، فإن التذرع «بنيتهما المشتركة» يقود إلى نتائج تنجيمية. فالمقاضي في الواقع يُحلّ إرادته محل إرادة الفريقين. إنه يقول اتفاق الفريقين تبعاً

(1) المذكور آنفاً، صفحة 20. إضافة إلى JAZÈMA، الأطروحة السالفة الذكر رقم 297 وما يليه، وفي عرفة يكون العقد الممتد قد تحول، من حيث المبدأ، بهذا الواقع، إلى عقد لمدة غير محددة. انظر في الاتجاه عينه على الآلة الكاتبة، رقم II - 85، صفحة 191.

(2) انظر M.-J. LITTMANN، الأطروحة الأتمة الذكر، رقم 334، صفحة 504 وما يليها، والمؤلفين المستشهد بهم.

(3) M.-J. LITTMANN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 334، صفحة 506 وصفحة 507.

(4) التقض الاجتماعي في 5 أيار 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 488، صفحة 378.

(5) انظر الرقم 198 السابق وما يليه.

(6) التقض التجاري في 20 تشرين الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 324، صفحة 273.

(7) التقض التجاري في 10 شباط 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 58، صفحة 55.

لمفهومه الخاص. وليس من المبالغ فيه التأكيد أن ثمة قدراً من الكيفي.

فهل ينبغي، في هذه الأوضاع، بحكم القانون الذي ينشده الفريقان، أن نأمل طرح قرينة ما؟ وهل يمكن، في حالة الإيجاب، الأخذ بأن العقد جرى تمديده لمدة محددة أو غير محددة؟ إن هاتين المسألتين متشابكتان بشكل وثيق. يكاد من الضروري التذكير بأن العقد لمدة محددة له فائدة تأمين الأمن للمتعاقدین طالما أنه ليس في استطاعتهما التحرر من رباط العقد قبل قدوم الأجل. وبالمقابل نؤمن الحرية المعترف بها لكل من الفريقين في التحرر في أي وقت، الحرية الفردية. فهل يجب، من وجهة النظر هذه، تغليب الاستقرار على الحرية أم العكس؟

لا يمكن تقديم جواب إجمالي. غير أنه يمكن صياغة بعض الاقتراحات. يبدو من المأمول به في أول الأمر التخلي عن النظام الحالي الكيفي أكثر من اللازم. يمكن إذاً من حيث المبدأ، قبول الرجوع إلى قرينة ما شرط أن تكون ممتدة بصورة معقولة.

وهكذا يمكن تبني قرينة عدم تحديد لهذا النموذج من العقود وليس لنموذج آخر. إن الصعوبة كلها تركزت على تحديد المعيار الذي تستند إليه القرينة. وقد سبقت مواجهة هذه الصعوبة في تحديد المدة الأصلية للعقد⁽¹⁾. وبما أن الفريقين سكتا في شأن المدة، يمكن أن يقترح على القاضي تبني الاستدلال التالي: هل من المفيد اجتماعياً ومن المتوافق مع عدالة المعاوضة أن يكون العقد الممدد ضمناً لمدة مساوية لمدة العقد الأولي؟ إن حل النزاع يتوقف على الجواب على المسألة. ويمكن أن يكون معنى من هذه الطبيعة إجمالياً أو خاصاً، أي أن يتعلق بعقد مسمى، كعقد الإيجار مثلاً، وإقامة وزن للعقد المتنازع فيه وحسب. ويبدو الاختيار الأول مفضلاً بمقدار ما يقلص مجازفة التعسفي المبينة سابقاً. بإمكان محكمة النقض إذاً، من عقد مسمى إلى آخر، أن تطرح القرينة الأكثر ملاءمة.

237 - مصر الضامنين

نص المادة 1740 من القانون المدني على أن «كفالة الإيجار لا تمتد إلى المورجات الناجمة عن التمديد». ومن المقبول أن تعميم هذه القاعدة على جميع فرضيات التمديد الضمني وعلى جميع التأمينات⁽²⁾. إن الكفيل، طالما أن التمديد الضمني يتحلل كعقد جديد يبقى الكفيل أجنبياً عنه، لا يمكن أن يكون ملزماً خارج تعهده⁽³⁾. فالأجل المسقط فعال تماماً في مكانه.

(1) انظر الرقم 204 السابق وما يليه.

(2) انظر: Ch. MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, مقدمة M. CARRILLAC, منشورات Litec, 1979، رقم 266، صفحة 344، وما يليها.

(3) انظر بهذا المعنى الواضح بصورة خاصة، حكم محكمة قرساي، 22 تشرين الثاني، 1991، مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1992، رقم 217، صفحة 167، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 556، رقم 1، ملاحظة S. MESTRE.

إلا أنه جرى التساؤل عما إذا كان المدين ملزماً بتقديم كفيل جديد. وقد جرى الأخذ بأن الكفالة كانت شرطاً للعقد الأولي. والحال أنه من الإنصاف، طالما أن جميع شروط الإيجار محافظ عليها من حيث المبدأ، أن يلزم المدين بتقديم تأمين معادل. وفي حال عدم تقديم هذا التأمين يمكن اللجوء إلى فسخ العقد⁽¹⁾.

هل يمتد التضامن إلى الموجبات الناشئة عن التمديد الضمني؟ لقد روي أن القاعدة، إذا كانت الكفالة المقدمة للإيجار لا تمتد إلى ضمان الموجبات التي ولّدها التمديد الضمني، لا تطبق على الحالة التي يكون فيها التضامن مشروطاً بين المستأجرين المنحدين الذين يستمرون في الانتفاع من الشيء المؤجر⁽²⁾.

(1) M.PAGET، الأطروسة الألفية الذكر، صفحة 175 وما يليها، بالتليل استناداً إلى فرضية الإيجار وحب.

(2) النقص المدني في 26 تشرين الأول 1898، D.P.99، صفحة 129، التعليق T.P. 1، S.99، 1، صفحة 444، يوميات الكتابة العدل، 1899، البند 26829، صفحة 349.

القسم 2

العقود لمدة غير محددة

238 - مبدأ حق الفسخ الأحادي الجانب في العقود لمدة غير محددة.

تم تقديم حق الفسخ الأحادي الجانب كعمل قانوني أحادي الجانب يضع نهاية للاتفاقية⁽¹⁾. وهذا التعريف يتوافق مع تعريف الإخطار من القانون العام في مادة الإيجار الذي اعتمدته محكمة النقض: «الإخطار من القانون العام عمل أحادي الجانب يضع نهاية للإيجار بمجرد إبداء إرادة من يبيده»⁽²⁾. فالأمر لا يتعلق إذاً بمجرد رفض التنفيذ أو بعدم التنفيذ الخاطئ. وقد جرى بيان أن فاعل الفسخ، بخلاف الحل، ليس ملزماً باللجوء إلى القضاء⁽³⁾.

وبصورة أدق أيضاً، وبالارتباط بالعمل، صدرت الفكرة في أن «العمل القانوني للفسخ هو إذاً العمل الناتج فقط عن إبداء إرادة شخص مزود بحق الفسخ الذي يؤدي إلى النتيجة المنشودة لأن ثمة تلازماً ضرورياً بين إرادة الفسخ والفسخ»⁽⁴⁾. وقد جرى التشديد على الواقع في أن العمل القانوني للفسخ ينجم دائماً عن استعمال حق الفسخ: حق جوهره موضوعي ويتناول المفعول المسقط⁽⁵⁾.

ثمة فكرة قديمة تأخذ بأن عمل نسخ عقد لمدة غير محددة يعمل كشرط فاسخ صريح مبني على توافق الفريقين المعبر عنه في آونة إبرام العقد⁽⁶⁾.

(1) B.HOUIN, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, أطروحة في باريس II, 1973, طبع على الألة الكاتبة، رقم 1 - 1، صفحة 2.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 تموز 1988، النشرة المدنية، III، رقم 126، صفحة 69.

(3) Q.PORUMB, La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale, أطروحة في باريس، 1937، صفحة 193، الذي يشهد بهذا المعنى بـ A.COLIN et H.CAPTANT, Traité de droit civil français، الجزء II، رقم 153 ورقم 154.

(4) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم I - 5، صفحة 7.

(5) B.HOUIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم I، 50، صفحة 61 وما يليها.

(6) M.SAGUES, La rupture unilatérale des contrats، أطروحة في باريس 1937، صفحة 311.

239 - المدى العام لحق الفسخ الأحادي الجانب.

يقود منح العقود الأبدية⁽¹⁾ إلى الاعتراف لكل فريق في عقد لمدة غير محددة بحق الفسخ الأحادي الجانب⁽²⁾.

بعض النصوص يتضمن هذا الحق ومنها المادة 1736 من القانون المدني⁽³⁾. وتنص المادة 4 من قانون أول نموز 1901 المتعلق بعقد الرابطة على أن «أي عضو رابطة لم تناسر لوقت محدد بإمكانه الانسحاب منها في أي وقت بعد دفع الاكتتابات المستحقة واكتتاب السنة الجارية رغماً عن أي بند مخالف». والمادة 122-4 من قانون العمل تنص على أن «عقد العمل المبرم بدون تحديد مدة يمكن إنهاؤه بمبادرة من أحد الفريقين المتعاقدين (...)». ومبدأ حق الفسخ موجود أيضاً في المادة 1780، الفقرة 2، من القانون المدني (انظر قانون 27 كانون الأول 1890): «إجارة الخدمة بدون تحديد مدة يمكن إنهاؤها دائماً بإرادة أحد الفريقين المتعاقدين»؛ وهذا الحق منظم إلى حد ما حسبما يكون الفسخ قد تم بمبادرة المستخدم (تسريح) أو الأجير (استقالة). وفي مجال الائتمان نجد أيضاً التمسك بعلم الرجوع في أي وقت عن عقد بدون تحديد مدة.

كما تنص المادة 48 من قانون أول آذار 1984 التي أصبحت المادة 60، الفقرتين 4 و5 من قانون 24 كانون الثاني 1984 على ما يلي: «إن مؤسسات الائتمان التي قدمت مساهمة مالية لإحدى المؤسسات شرط الكفالة من شخص طبيعي أو معنوي ملزمة قبل 31 آذار من كل سنة، كحد أقصى، بإعلام الكفيل بالمبلغ الأصلي، وفوائده والعمولات والمصاريف والتوابع السارية حتى 31 كانون الأول من السنة السابقة بصفة موجب لصالح الكفيل، وكذلك أجل هذا الموجب، وإذا كان التعهد لمدة غير محددة تذكر بإمكانية الرجوع في أي وقت وبالشروط التي يقتضاها يمكن أن تمارس هذه الإمكانية». ويعاقب عدم تنفيذ هذا الموجب على عائق المصرف بسقوط الفوائد الموقته منذ الإعلام الأول حتى تاريخ الإعلام الجديد⁽⁴⁾.

إن تعميم حق الفسخ الأحادي الجانب في العقود بدون تحديد مدة غير مؤكد⁽⁵⁾.

(1) انظر الرقم 180 السابق وما يليه.

(2) انظر JAZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 182 - L. BOYER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية (1993)، V، العقود والائتمانيات، رقم 355 - B. HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 8.

(3) انظر JAZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 184.

(4) انظر بالنسبة إلى التقديم النقد لهذا النص CH. MOULY و M. CABRILLAC، Droit des Sûretés، الطبعة الثانية، 1993، رقم 274، صفحة 203 وما يليها.

(5) انظر B. HOUIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 5-II وما يليه، صفحة 117 وما يليها. انظر في حده وعد بالبيع بدون تحديد مدة، حكم استئناف محكمة فرساي، 8 تشرين الثاني 1991، مجلة الاجتهاد الإداري، 1992، رقم 19، صفحة 18.

وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 5 شباط 1985⁽¹⁾، استناداً إلى المادة 1134، الفقرة 2، من القانون المدني، في حكم مبدئي، «بأن الفسخ الأحادي الجانب، في عقود التنفيذ المتعاقب التي لم تتضمن أي أجل، هو، ما عدا إساءة الاستعمال المعاقب عليها في الفقرة 3 من النص عينه، متوفر أمام الفريقين».

وكان قد سبق للمفردة التجارية أن حكمت بأن مانع الامتياز بإمكانه بحرية وضع نهاية لمقد الامتياز الحاضر لمدة غير محددة⁽²⁾. وأن اتفاقية غير مسماة لمدة غير محددة يمكن فسخها بإرادة «مانع الامتياز» وحدها⁽³⁾. كما جرى الحكم بأن عقد عمل يحوي نقضاً من قبل هذا الفريق أو ذاك هو عقد لمدة غير محددة⁽⁴⁾. وذلك يعني إلى حد ما تأكيد أن الفسخ الأحادي الجانب هو من نوع طبيعة العقود لمدة غير محددة.

240 - حق الفسخ الأحادي الجانب هو أمر.

مع أن محكمة النقض لم تكن لها مناسبة مراجعتها مباشرة حول المسألة المتعلقة بطابع الانتظام العام لحق الفسخ، فإن هذا الطابع ليس موضوع أي شك بسبب منه. والفقه، في أي حال، مجمع على هذه النقطة⁽⁵⁾.

يرى أحد المؤلفين أن تقنية الفسخ الأحادي الجانب ليست وحدها التي يمكن تصورها من أجل حماية الحرية. وهو يلاحظ، مع بيان أن حق الفسخ الأحادي الجانب يطبع العقد بعدم استقرار كبير، أن تأكيد كون العقد يجب أن يشكل المبدأ الذي لا استثناء عليه ينبغي أن يكون قابلاً للتأويل: «إن حق الفسخ الأحادي الجانب في الواقع، الممنوح لحماية الفريقين ضد خطر تعهد أبدي ملازم للعقد لمدة غير محددة، ينبغي أن يختفي ما دام أن الحرية مصانة بوسيلة أخرى» (...). «والحال أن الحرية الفردية محمية تماماً عندما تكون لأحد الفريقين إمكانية التحرر كلياً باستبدال شخص ثالث به بدون موافقة الشريك في التعاقد»⁽⁶⁾. ولم تكن المادة 1869 القديمة⁽⁷⁾ تطبق على الشركات لمدة محددة التي كان حق التفرغ عن أسهمها حرراً. وهكذا حكمت غرفة العرائض «بأن الحق الفردي في الحل الذي تعطيه المادة 1869 من القانون المدني لأعضاء الشركة غير المحددة مدتها قد حلت محله، في شركات

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 شباط 1985، النشرة المدنية، I، رقم 54، صفحة 52.

(2) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 384، صفحة 1365 مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، الطبعة G.II، 16391، الملاحظة J.H.

(3) الغرفة التجارية، 19 تموز 1971، النشرة المدنية، IV، رقم 213، صفحة 198.

(4) الغرفة الاجتماعية، 27 آذار 1991، النشرة المدنية، V، رقم 154، صفحة 96.

(5) JAZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 192 والمؤلفون السخشيده بهم، التعليق رقم 36، صفحة 153 - BHOVIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 11 - 323، صفحة 533 وما يليها.

(6) JAZÉMA، الأطروحة الأتفة للذكر، رقم 183.

(7) «لا يطبق حل الشركة بإرادة أحد الفرقاء إلا على الشركات المحددة مدتها، ومن ثم ذلك بحدود مبلغ إلى الشركاء جميعاً، شرط أن يكون هذا المبلغ من حسن نية أو أن لا يكون في غير محله».

المساهمين، الإمكانية التي لدى هؤلاء المساهمين في تصفية وضعهم بتحويل أسهمهم⁽¹⁾.
ويلاحظ المؤلف مع ذلك أن استبدالاً كهذا غير ممكن على وجه العموم. غير أن المادة 121-10 من قانون التأمينات تنص على تحرير المؤمن في حالة التصرف بالشئ المؤمن.

وينبغي، على صعيد العقبات، التطرق إلى رأي بمقتضاء ليس تحرر المتفرغ هدف التفرغ عن العقد⁽²⁾. إنه فقط مفعول محتمل. فالمتفرغ «يتفرغ» عن عقده لأنه لا يتابع، لسبب ما، الهدف الذي يتيح له العقد، ولتجنب فسخه الذي لن يتحمل نتائجه وحده.

يضاف إلى ذلك من وجهة نظر أعم، أن رفض حق الفسخ الأحادي الجانب أمام تفرغ تام عن العقد، على افتراض أن تفرغاً كهذا موجود⁽³⁾، هو في الحقيقة خطر على الحرية. يجب أن لا ننسى أن المتفرغ ربما لا يجد متفرغاً له. والتقنيات غير قابلة للتبادل.

إن إمكانية الانسحاب، في الشركات ذات رأس المال القابل للتغير، المتوفرة للشريك بموجب المادة 52 من قانون 24 تموز 1867 تؤمن مراعاة حظر التعهدات الأبدية وتحل محل حق الفسخ الأحادي الجانب. وقد ورد في هذا النص أن «كل شريك بإمكانه الانسحاب من الشركة عندما يرى ذلك مناسباً له إلا في حالة وجود اتفاقية معاكسة» ومع التحفظ لجهة تطبيق المادة 51. وهكذا يمكن أن تنظم الأنظمة ممارسة حق الانسحاب. وكان على الاجتهاد بيان أن التحددات لا يمكن اللجوء إليها إلا أن تكون منسجمة مع الحرية الفردية. وجرى الحكم بأن التعهد الذي يلتزم به شريك في تعاونية زراعية بتقديم المحاصيل مدة خمسين سنة باطل بحجة أن «تمهداً لمدة كهذه كان لزم مساوٍ لمتوسط الحياة المهنية أو يفوقه»⁽⁴⁾. وذلك تطبيق للمفهوم الذاتي للتأييد المقبول لتقدير هذا التأييد تجاه إجارة الخدمات⁽⁵⁾.

ولا يبدو المدلول المسبق بالتالي ممكناً. ولا يمكن اللجوء إليه إلا أن يكون الحق قد جرى اكتسابه⁽⁶⁾.

(1) نقض بمناسبة حربية في 29 نيسان 1897، Dalloz، الدوري 98، I، صفحة 106، S.99، I، صفحة 481، استشهد J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 190، التلخيص 25، صفحة 151. انظر حول المبدأ النقض المسني في أول حزيران 1858، Dalloz، الدوري 58، I، 244: «من حيث أن إمكانية طلب الحل تقطع عن أن تعود إلى كل من أعضاء الشركة، ولو كانت لمدة محددة عندما يوافقون، في اشتراطات عقد الشركة، على أن يستبدلوا بهذه الوسيلة القانونية وسائل أخرى للتحرر من رباط الشراكة. إلا أن معادلاً كهذا ليس مقبولاً إلا أن تكون حرية الخروج من الشراكة مومة كلياً للجميع». وينبغي التوضيح أن المشرع، رغباً عن التحدد الحالي لمدة الشركات (98 سنة كحد أقصى)، سن في عام 1966 ما مفاد أن الشركة المحددة المسؤولية ملزمة، في حال رفض الموافقة على التفرغ عن الحصص، باكتساب ملكية حصص الشريك أو العمل على تملكها عندما يتري هذا الشريك الانسحاب من الشركة (المادة 45 من قانون 24 تموز 1966).

(2) L.AYNÈS، La cession de contrat et les opérations juridiques، أطروحة في باريس II، منشورات Economica، 1984، مقدمة الرقم 670 واللاحق وما يليه. Ph.MALAURIE، رقم 229 وما يليه، صفحة 166 وما يليها.

(3) انظر الرقم 670 واللاحق وما يليه.

(4) الغرفة المدنية الأولى، 21 كانون الثاني 1988، الشرة المدنية I، رقم 53، صفحة 34.

(5) انظر الرقمين 186 و187 السابقين.

(6) يستشهد السيد Azéma بهذا المعنى بحكم محكمة استئناف Douai في 5 تموز 1981، مجلة قصر العدل، =

إن صياغة حكم صدر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض في 8 نيسان 1986⁽¹⁾ يجعل مع ذلك الشك حائماً حول طابع الانتظام العام لحق الفسخ الأحادي الجانب. فقد جرى إبرام عقد امتياز في مجال الألبسة بدون تحديد مدة. فخرق مانع الامتياز العقد قبل بضعة أيام من عرض المجموعة الصيفية، وتقدم صاحب الامتياز بدعوى المسؤولية، وأخذت محكمة استئناف باريس بهذا الادعاء. ولكي ترد الغرفة التجارية الطعن المقدم بينت «أن الشركة صاحبة الامتياز إذا كانت، في غياب أي اتفاقية مناقضة، لها الحق في وضع نهاية لعقد الامتياز المبرم بدون تحديد مدة، فذلك بشرط أن لا تكون ممارسة هذا الحق تعسفية». إن التحفظ الصادر عن محكمة النقض يدعو إلى التفكير في أن الفريقين كان بإمكانهما تجنب مبدأ الحق في الفسخ الأحادي الجانب. وهذه الصيغة المفهومة حرفياً تعني إضفاء الصحة على التعهد الأبدي لأن الأمر يتعلق في الحالة الراهنة بعقد لمدة غير محددة. ومن المرجح أن محكمة النقض أرادت مجرد تحديد أن المتعاقدين حران في تهتة فسخ أحادي الجانب. ومن الصحيح أن صيغة هذا الحكم غامضة.

بضاف إلى ذلك أنه من الصعب التوفيق بينها وبين حكم صادر عن الغرفة عنها في 31 أيار 1994⁽²⁾. كانت إحدى الشركات في هذه القضية قد عهدت بإدارة مطعم لإحدى المؤسسات إلى أحد الأفراد لمدة غير محددة. وقد أبلغته، بسبب نقل المؤسسة، فسخ العقد الذي يربطهما. كانت المؤسسة قد ادعت أنها تقيدت بإحدى حالتي الفسخ التي يتضمنها العقد، أي إقفال المؤسسة. فأدانت محكمة الاستئناف المتفرغ بسبب فسخ العقد، إذ إن الأمر لم يكن يتعلق بالإقفال وإنما بمجرد نقل الأماكن. وحكمت محكمة النقض، بعد أن بينت أن الفريقين، مع التحفظ لجهة إساءة الاستعمال، بإمكانهما فسخ العقد لمدة محددة، بأن إساءة الاستعمال لا يمكن أن تكون قد نجمت عن مجرد كون الفسخ قد حصل خارج الحالات المنصوص عليها في العقد.

وينبغي أن نخلص إلى أنه إذا كان بإمكان الفريقين المرتبطين باتفاقيات لمدة غير محددة أن يتفقا على بعض حالات الفسخ، فليس لهذه الحالات سوى طابع بياني؛ ولا يمكن أن يمنع عدم التقيد بها الفريقين من وضع نهاية للعقد طالما أن سلوكاً كهذا ليس تعسفياً في ذاته.

(1) 1951، 2، صفحة 244؛ البويات الاجتماعية، 1951، صفحة 322، المجلة الاجتماعية، 1951، صفحة 423. كان أحد الشركاء يرغب في طلب حل الشركة، فاقترح عليه الشركاء الآخرون شراء حصصه، فقبل ذلك ثم حدث نزاع إذ تقدم الشريك المتفرغ بدعوى حل الشركة. وقد ردت محكمة استئناف Douai هذا الادعاء بحجة «إن الشريك، بقوله الاقتراح المقدم إليه، كان قد فعل بالفعل ذلك من الحق الذي كان يمكن أن يمتلكه إذا بموجب القانون أو أنظمة الشركة في حل الشركة» (الأمروحة المذكورة سابقاً، رقم 194).

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 58، صفحة 50؛ D.1988، الصفحة 19 من المرجز، ملاحظة D.FERRIER، انظر في الانجاء عنه حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 آذار 1976، النشرة المدنية، IV، رقم 90، صفحة 76، في صدد عقد تفرغ تجاري متعلق ببيع منتجات غازية.

(2) Sirey - Dalloz 1994، الصفحة 162 من التقرير.

ولا يمكن الحفاظ على حق الفسخ الأحادي الجانب للعقد بدون تحديد مدة بأفضل من ذلك.

على أنه من المقبول أن بإمكان الفريقين أن يتفقا على شرط لا قابلية للرجوع ما دام أنه مؤقت. وهكذا يتم الاتفاق مثلاً على أن يتمتع المتعاقدان، خلال خمس سنوات، عن فسخ العقد وأن لا يستخدموا هذه الإمكانية إلا بانقضاء هذه المدة⁽¹⁾.

241 - يكون حق الفسخ الأحادي الجانب، رغماً عن طابعه من الانتظام العام، منظماً أحياناً عن طريق تطلب تمويض.

جرى الإيضاح بحق أن «الممارسة والقانون والاجتهاد، يجعل الفسخ أصعب، أمنت استقرار العقد، ذلك بأن تقييدات حق الرجوع الأحادي الجانب لا تحمي الفريق الآخر ضد ممارسة حق الفسخ وحسب، وإنما تدفع حائزه عن ممارسته»⁽²⁾.

ثمة تشريع من وحي اجتماعي يفرض التعويض على المتعاقد ضحية الفسخ حتى ولو لم يكن استعمال هذا الحق تعسفياً. والحق بالتعويض لا يفيد، على وجه العموم، سوى فريق واحد.

والتشريع في قانون العمل، وهو فسخ لعقد العمل بمبادرة من المستخدم، منظم على وجه الخصوص؛ فإرادة الفسخ ينبغي أن تسوّغ بسبب مشروع وأن تمارس حسب إجراء يهدف إلى ضمان حماية الأجراء⁽³⁾.

وبالموازاة أعطيت أنظمة حماية للوسطاء الممثلين التجاريين عندما يكونون في وضع تبعية اقتصادية⁽⁴⁾، وعلى وجه الخصوص للمسافرين الممثلين الوسطاء التجاريين، والوكلاء التجاريين النظاميين، والوكلاء العامين للتأمين. وسوف نقدم هذه الأنظمة بشكل موجز في دراسة التمثيل⁽⁵⁾. وتكفي الملاحظة هنا أن هذه الأنظمة الخاصة تتجاوب مع اهتمامات شبيهة بالاهتمامات التي قادت الاجتهاد إلى الاعتراف بنظام حماية الوسطاء المتنتفعين من وكالة مصلحة مشتركة.

242 - يؤدي الفسخ الأحادي الجانب من حيث المبدأ إلى تلاشي مفاعيل العقد للمستقبل.

تقتضي الإشارة إلى سكوت القانون المدني في صدد مفاعيل الفسخ الأحادي الجانب.

(1) انظر B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم II - 330، صفحة 541 وما يليها.

(2) B.HOUIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 11، صفحة XIII.

(3) ألقى القانون، تجاه بعض الأجراء المحميين، منطوي جهاز الأجراء مثلاً، بلا قيد أو شرط حق المستخدم في وضع نهاية لعقد العمل. وعليه أن يخضع لإجراء إداري مسبق؛ انظر المادة L.425-1 من قانون العمل.

(4) G.VIRASSAMY، Les contrats de dépendance، أطروحة في باريس I، 1986، مقدمة J.GHESTIN.

(5) انظر الرقم 571 الألاحق وما يليه.

لم يرد في أي مكان أن هذا الفسخ ينبغي أن ينتج بالضرورة مفاعيله إلا للمستقبل⁽¹⁾.
على أن الهدف الذي يسعى إليه فاعل الفسخ هو تلاشي العقد للمستقبل وحسب⁽²⁾،
عندما يتعلق الأمر بعقد متعاقب لمدة غير محددة. وبالتالي لا تستهدف الإرادة المدفوعة إلا
العلاقة العقدية وحدها.

وقد جرى بيان أنه لم تكن ثمة عقبات تقنية أمام أن يكون الأمر على هذا النحو.
وبالفعل لا يشترط فسخ العقد للمستقبل أي عدم توازن. كان كل فريق يتلقى في السابق ما له
الحق فيه. فالمشاعر كان يستفيد من التمتع بالأمانة وكان المزجر يستوفي بدل الإيجار.
فالتوازن العقدي كان محافظاً عليه حتى آونة الفسخ. وعليه ليس ثمة أي سبب لجعل الفسخ
ينتج مفعولاً رجعيّاً لأن لهذا المفعول دور عقابي وتعويضي⁽³⁾.
يضاف إلى ذلك أن الفسخ الأحادي الجانب ينتج لكل متعاقد استعادة حريته للمستقبل،
وذلك يمثل الوظيفة الأساسية لحق الفسخ الأحادي الجانب⁽⁴⁾.

والرجوع عن اتفاقية جماعية في قانون العمل أو عن اتفاق جماعي يشذ عن مبدأ
المفعول المسقط للمستقبل. فالاتفاقية، أو الاتفاق، التي جرى نقضها نظامياً تستمر في إنتاج
مفاعيلها حتى تاريخ نفاذ الاتفاق الذي جاء بديلاً لها، أو في حال عدم وجود ذلك، خلال
مدة ستة اعتباراً من انقضاء مهلة الإخطار، هذا وجود بند ينص على مدة محددة أطول (المادة
L.8-132 من قانون العمل).

243 - سوف نتخصص، بعد أن قدّمنا حق استعمال الفسخ الأحادي الجانب، الفسخ
الأحادي الجانب لمعقد المصلحة المشتركة بصورة خاصة.

الفقرة 1 - استعمال حق الفسخ الأحادي الجانب

244 - إبداء الإرادة يصل إلى علم المتعاقد⁽⁵⁾.

بما أن فعل الفسخ هو عمل أحادي الجانب فإن إرادة فاعله تكفي لإنتاج المفعول
المنشود، بمعنى أن موافقة الشريك في التعاقد ليست ضرورية⁽⁶⁾: لا تشكل الإرادة المعبر

(1) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 1 - 62، صفحة 75.

(2) انظر بهذا المعنى B.HOUIN، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، رقم 63، صفحة 77. إن هذا الافتراض غير
مقبول من قبل المؤلف إلا في شأن العقود المتعاقبة، ذلك بأن «الرجعية» في العقود الفورية، مفروضة عموماً
ككيفية تقنية معدة لتأمين تعاقب النسخ العملية».

(3) B.HOUIN، الأطروحة المشار إليها سابقاً، رقم I - 65، صفحة 78.

(4) B.HOUIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم I - 66، صفحة 79.

(5) انظر: A.ROBERT، La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la
théorie du congé et du préavis، in Etudes de droit privé: La tendance à la stabilité du rapport
contractuel، صفحة 37، L.G.D.J.، 1980، بإدارة P.DURAND مع مقدمة له.

(6) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم I - 35، صفحة 45 وما يليها - A.ROBERT، المقالة السابقة
الذكر، رقم 14، صفحة 48 وما يليها.

عنها إيجاباً. وبالتالي ينبغي، وذلك كافٍ، أن تكون إرادة فاعل الفسخ معبراً عنها صراحة أو ضمناً بصورة غير ملتبسة.

فهل يجب أن يصل إبداء الإرادة إلى علم الشريك في التعاقد؟ إن القانون، عندما يعالج حتى الفسخ الأحادي الجانب، يحدد عموماً أن مفعوله خاضع لإتمام معاملة إبلاغ. فالمادة L.14-122، الفقرة الأولى، من قانون العمل، تنص على ما يلي: «يجب على المستخدم الذي يقرر تسريح أجير أن يبلغ التسريح بكتاب مضمون مع طلب إشعار بالتسليم. وتاريخ تقديم الكتاب المضمون يحدد نقطة انطلاق مهلة الإخطار». وإوالية الإخطار في مادة الإيجار هي الإبلاغ. ومن المقبول، في غياب أي نص، أنه ينبغي أن يبلغ الفسخ باعتباره يوصف بعمل قابل للتلقي⁽¹⁾.

245 - ينشئ القانون في العقود المنظمة مهلة إخطار⁽²⁾.

إن الإشعار، في قانون العمل، الذي يأخذ اسم «إخطار» نظمته المادة L.4-122 وما يليها من قانون العمل⁽³⁾.

وقد جرى سن أنظمة خاصة ترك هامشاً هامشاً عمل ممتد إلى حد ما للفرقيين. وهكذا حددت المادة S-751 من قانون العمل، في ما يتعلق بالمسافرين الممثلين الوسطاء، حداً أدنى لمهلة الإخطار⁽⁴⁾.

وتنص المادة 60 من القانون المصري في أول آذار 1984 على أن أي مساهمة غير ظرفية لمدة غير محددة تقدمها مؤسسة ائتمان لمقارلة لا يمكن تخفيضها أو قطعها إلا بإبلاغ خطي وبعد انقضاء مهلة الإخطار المحددة عند إعطاء المساهمة⁽⁵⁾، إلا في حالة ملك ملوم بشكل خطير للمستفيد من الائتمان.

246 - هل أن مهلة الإخطار إلزامية في غياب نصوص أو اشتراط خاص؟

كانت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض قد أخذت، في 13 شباط 1967، في

(1) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم I - 37 - I - 38، صفحة 47 وصفحة 48.

(2) A.ROBERT، المقالة المذكورة سابقاً، إضافة إلى G.-J.VIRASSAMY، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 293، صفحة 235 وما يليها.

(3) انظر حول تطور الإخطار في قانون العمل J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 232. إن الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية للمسئول لمدة غير محددة يمكن الرجوع عنها. ومدة الإخطار يمكن أن تتحدد اتفاقياً. وهذه المدة هي ثلاثة أشهر في حال عدم وجود اشتراط صريح (المادة L.8-132 من قانون العمل).

(4) إن العقد يجب «أن يتضمن إخطاراً مدته تساوي على الأقل المهلة المحددة في «الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية للمسئول»، وفي حال عدم وجودها تحددها المعايير. ولا يمكن على الإطلاق أن تكون أقل من شهر خلال السنة الأولى للتطبيق، ومن شهرين خلال السنة الثانية، ومن ثلاثة أشهر خلال السنة الثالثة.

(5) انظر في شأن التطبيقين الغرفة التجارية، 3 كانون الأول 1991، مجلة الاجتهاد في القانون الإداري، 1992، رقم 63، بصفحة 48، التي حكمت بأن المادة 60 تطبق للمرة الأولى في حالة إذن غسني بالمكشوف.

صدد عقد من نوع خاص في التعاون الطبي، «بأن تحليل العقد الذي اعتمده الحكم المطعون فيه لا يظهر أي إخطار، وكل من الفريقين كان له الحق في وضع نهاية له في أي وقت، ما عدا إساءة الاستعمال التي يقع إثباتها على من يتلذذ بها»⁽¹⁾. فهذا الحكم ينفي إذن وجود قاعدة بدلية عامة تفرض مراعاة الإخطار.

غير أن الاجتهاد ينزع إلى أن يفرض، على وجه العموم، بالنسبة إلى العقود غير المنظمة حتى في غياب اشتراط ينظم مهلة الرجوع، احترام مدة الإخطار. والتكرار لها مصدر مسؤولية⁽²⁾.

وحكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 8 نيسان 1986⁽³⁾، «بأن مانع الامتياز، في حال عدم وجود اتفاقية معاكسة، وفي عقد امتياز حصري، كان له الحق في وضع نهاية لعقد الامتياز المبزم بدون تحديد مدة، وذلك بشرط أن لا يساء استعمال هذا الحق». ثم استنتجت هذا الطابع التسمي من أن مانع الامتياز «وضع بغطاء نهاية للعقد الذي يربطه بالشركة» صاحبة الامتياز «بإعلامها قبل بضعة أيام من عرض المجموعة الصيفية لعام 1981 بأن هذه المجموعة لن تسلم له». وبينت أن «سبب التسويق هذا وحده» كان كافياً لتسويق إدانة مانع الامتياز بالمطل والضرر. وهكذا يبدو غياب أي إخطار، من حيث المبدأ، كائناً لإضفاء الطابع التسمي على الفسخ الأحادي الجانب.

وقد فرضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في شأن فتح الاعتماد، في 19 تشرين الثاني 1985⁽⁴⁾، أيضاً على المصارف مراعاة مهلة الإخطار عندما تريد وضع نهاية للاعتماد. وحكمت كذلك، في 13 كانون الثاني 1987⁽⁵⁾، بأن الأمر المنصوص عليه في المادة 65 - 3 من مرسوم 30 تشرين الأول 1935 الذي يوحد الحق في مادة الشيك، لم يكن يشكل الإنذار المقترن بإبلاغ مهلة الإخطار الذي على المصرف موجب توجيهه إلى ذبونه قبل فسخ اتفاقية حساب مكشوف لمدة غير محددة. وقد سبق أن رأينا أن القانون، في ما يتعلق بفتح الاعتماد المعطى للمؤسسات، ينص على إخطار كهذا (المادة 60 من قانون 24 كانون الثاني 1984).

وتحدد مدة الإخطار، في حال عدم وجود اشتراط عقدي، استناداً إلى عادات المهنة التي يقدر وجودها قضاة الأساس بسيادة⁽⁶⁾.

(1) الغرفة المدنية الأولى، 13 شباط 1967، النشرة المدنية، I، رقم 59، صفحة 44.

(2) انظر B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم III-77، صفحة 637.

(3) انظر الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 نيسان 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 58، صفحة 50؛ D.1988، الصفحة 19 من الموجز، ملاحظة D.PERRIER، 5 كانون الأول 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 332، صفحة 270 - 9 آذار 1976، النشرة المدنية، IV، رقم 89، صفحة 75.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 275، صفحة 232.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 8، صفحة 5.

(6) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 7 تموز 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 288، صفحة 235 - 25 كانون الثاني 1972، D.1972، صفحة 423 - انظر A.ROBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 17، صفحة 52 وما يليها.

والقاعدة «تتوافق مع الهاجس المشروع في تجنب ضحية الفسخ ضرراً كبيراً جداً بأن تتاح له مواجهة الوضع وإبرام عقد جديد»⁽¹⁾. وتطلب الإخطار يمكن أن يسوّغ تطبيقاً للمادة 1135 من القانون المدني. وهكذا يبدو الإخطار النتيجة التي يعطيها الإلتصاف أو العادة أو القانون للموجب تبعاً لطبيعته.

والنصوص الرئيسية التي تنظم الإخطار هي من الانتظام العام. وهذا هو حال الإخطار الذي ينظمه قانون العمل. ويبدو أن القاعدة، في غياب أحكام خاصة، ليست من الانتظام العام وإنما هي بديلة فقط. وهذا ما كان بالإمكان استنتاجه، استناداً بالصد، من حكم صدر عن الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض في 17 تموز 1985⁽²⁾.

فقد أبرم عقد شفهي لمدة غير محددة بين طبيب وعيادة خاصة في عام 1971. ولأسباب تتعلق بالصحة أوقف الطبيب نشاطه في شهر نيسان 1979. وفي تموز 1979 أعرب عن نيته في العودة إلى المساعدة، فرفضت العيادة. ولاحق الطبيب العيادة لدفع تعويض الإخطار والضرر الناتج عن فسخ عقده غير المّسوّغ. فاستجاب القضاء لادعائه؛ ولرد الطعن المقدم أخذت محكمة النقض على وجه الخصوص بأن قضاة الأساس يتبنوا أن «نموذج العقد المبرم بين الفريقين لم يكن يسمح بالاستعمال التعسفي للإمكانية الفسخ الأحادي الجانب»؛ كانت محكمة الاستئناف إذاً «في وضع ضرورة البحث عما هي العادات في مادة الإخطار وفسخ اتفاقية شفوية مبرمة بين طبيب وعيادة». إن قراءة عن طريق الاستدلال بالصد لهذا الحكم تثير التفكير في أن عقداً يمكن أن يسمح بممارسة تعسفية، حتى بدون إخطار، لإمكانية الفسخ الأحادي الجانب⁽³⁾. ومن المعروف ما هي الهشاشة النسبية للتعليلات عن طريق الاستدلال بالصد.

247 - تطلب حسن النية: التصرف في استعمال حق الفسخ⁽⁴⁾.

يخشى أن يمارس حق الفسخ الأحادي الجانب، بسبب طابعه الإداري، بشكل تعسفي. ولذلك من المناسب الإبقاء على فرضية ممارسته عن سوء نية.

يمكن بهذا المعنى الرجوع إلى المادة 1873 - 3 من القانون المدني التي تبين أن طلب قسمة شيوخ اتفاقي مبرم بدون تحديد مدة يمكن اللجوء إليه «في أي وقت شرط أن لا يكون ذلك عن سوء نية أو في غير محله».

(1) JAZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 228.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 206.

(3) انظر بهذا المعنى M.BEHAR-TOUCHAIS، المقالة المسماة الذكر، رقم 118.

(4) انظر J.GUYENOT، La rupture abusive des contrats à durée indéterminée، in Etudes de droit privé: contractual، La tendance à la stabilité du rapport contractuel، صفحة 235 وما يليها، C.C.D.J، 1960، بإدارة P.DURAND مع مقدمة له. إضافة إلى المدخل العام، رقم 693 وما يليه، في شأن النظرية العامة للتصرف في استعمال الحق.

وبهذه الصفة يشكل موجب احترام مدة إخطار كافية الإظهار الخاص لتطلب أعم لحسن نية اتفاقية. بيد أن حسن النية هذا لا يقوم فقط بتطبيق هذه القاعدة الأولى وحدها. وبالفعل يأتي التطبيق المعمم لنظرية التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾ ليمز تهذيب أخلاق ممارسة الفسخ الأحادي الجانب الذي لا يمكن، على عكس الوضع الذي كان سائداً في القرن التاسع عشر⁽²⁾، أن يكون استثنائياً.

وهكذا ذكرت محكمة النقض، في شأن الامتياز التجاري، بصورة شبه مستمرة، بأنه إذا كان بإمكان مانع الامتياز أن يضع بحرية نهاية لعقده فإن ذلك شرط عدم التصرف تعسفياً⁽³⁾.

وقد جرى الحكم، في مجال عقود النشر، بأن فسخاً مفاجئاً لا شيء ينص عليه، في غياب انتقادات أو إيداء لعدم رضا الوكيل، كان تعسفياً ما دام أن وكيل النشر ساهم إلى حد كبير في منتوجات الوكالة⁽⁴⁾.

ومن المقبول تقليدياً أن نية الإضرار هي التي تبذل محددة التعسف في استعمال الحق، وهذا التعسف يمكن تمييزه «عندما يفسخ الشريك في التعاقد، بدون أن يكون له نفع في ذلك، الاتفاقية بهدف الاعتداء على حقوق الفريق الآخر فقط (...)». ويتجلى التعسف أيضاً «عندما يتم السعي، بفسخ (العقد) إلى التلصص من الموجبات القانونية أو العقدية (...)»، أو أخيراً «عندما يسعى فاعل الفسخ (في العقود التي تستدعي تعاوناً معيناً) إلى تحقيق تملك شخصي للمنافع التي ينشئها العقد والتي ينبغي أن يستفيد منها الطرفان جميعاً»⁽⁵⁾. ويقتضي أن يقارن هذا الحل بالنتائج المرتبطة بوصف الوكالة، حتى وصف العقد، للمصلحة المشتركة⁽⁶⁾. كما لوحظ أن الاجتهاد ينزع إلى اعتبار الفسخ تعسفياً عندما يجعل الفاسخ شريكه في التعاقد يأمل باستقرار ما للعلاقة العقدية⁽⁷⁾، وبالمقابل، عندما يكون

(1) انظر B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 8-III، صفحة 558، والاجتهاد الغزير المستشهد به في التلخيص 2.

(2) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 6-III، صفحة 558.

(3) الفقرة التجارية في محكمة النقض، 16 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 384، صفحة 355؛ مصنف الاجتهادات النورية، 1970، الطبعة G.II، 16391، ملاحظة J.H. - آثار 9 - 1978 المذكور سابقاً - الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 شباط 1967، الحكم المذكور سابقاً.

(4) الفقرة التجارية في محكمة النقض، 12 كانون الأول 1967، النشرة المدنية، III، رقم 411، صفحة 388.

(5) B.HOUIN، الأطروحة الألفنة الذكر، رقم 9-III، صفحة 561، قارن الحالة الأخيرة للتعسف في استعمال الحق بالمادة 1870 القديمة، الفقرة 1، من القانون المدني التي كانت تنص على ما يلي: «لا يكون الرجوع من حسن نية عندما يعدل الشريك ليشك وحده القائلة التي ترضى الشركاء الاستفادة منها جميعاً».

(6) انظر الرقم 249 اللاحق وما يليه.

(7) B.HOUIN، الأطروحة الألفنة الذكر، رقم 72-III، صفحة 632، الذي استشهد بحكم الفقرة التجارية بتاريخ 8 كانون الثاني 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 11، صفحة 9 المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1968، صفحة 1110، ملاحظة J.HÉMARÉ، 1968، صفحة 495. وبالمعنى عت جرى الحكم في بداية -

ثمة اشتراط للضمان، لا يمكن استنتاج الطابع التعسفي للفسخ من مجرد إنقاص التقديرات⁽¹⁾.

إلا أنه يستخرج من بعض أحكام محكمة النقض أن بإمكانها خفض العتبة التي تنبئ تمييز التعسف في الحق. فقد أخذت الغرفة المدنية الأولى، في 5 شباط 1985، بصورة عامة وإنما في صدد تعهد يتخذ بين زوجين، بأن الفريقين، في العقود لمدة غير محددة، بإمكانهما فسخ العقد من جانب واحد، باستثناء التعسف التي تعاقب عليه الفقرة 3 من المادة 1134 من القانون المدني. واستمادت الغرفة التجارية هذه الصيغة في 31 أيار 1994⁽²⁾، مع الأخذ بأن عدم احترام بنود عقد الامتياز التي تحدد الحالات التي بإمكان الفريقين فيها فسخ العقد، لم يكن في ذاته مكوّنًا للتعسف. وقد أبدت الغرفة ذاتها، إضافة إلى ذلك، في 5 تشرين الأول 1993⁽³⁾، قضاء أساس في أخذه بأن مانح الامتياز الذي يبين تقصيره بالفعل نية الإضرار كان قد «فسخ العقد بصورة تعسفية وعن سوء نية». بيد أن حكم 5 نيسان 1994⁽⁴⁾ هو الذي يبدو أنه قاد محكمة النقض إلى هذه الطريق... وفي هذه القضية كان صاحب الامتياز مرتبطاً بصانع سيارات بعقود لمدة محددة تتجدد سنوياً منذ عام 1963. وفي عام 1986 أبرم الفريقان عقداً لمدة غير محددة يسري مفعوله في أول كانون الثاني من السنة عينها وينص على مهلة إخطار مدتها سنة. وفي 28 كانون الثاني 1988 فسخ الصانع العقد اعتباراً من 31 كانون الثاني 1989. وقد أبدت الغرفة التجارية، باستعادة أسباب التسريح التي اعتمدتها محكمة الاستئناف، هذه المحكمة التي رأت أن الفسخ كان تعسفياً بحجة أن صاحب الامتياز وافق على طلب مانح الامتياز تقديم جهود توظيفات ورعاية هامة، وأن هذا الأخير ادعى عن خطأ أنه فسخ العقد لتدراك نية صاحب الامتياز الذي كان يأمل التملص من مرجباته، وأن مانح الامتياز أخيراً، قبل عشرين يوماً من الفسخ، أي في وقت تجديد الملاحق لعام 1988، لم يعلم صاحب الامتياز عن نيته في قطع علاقتهما، في حين أن هذا القرار، في ما يتعلق

* القرن بأن رب العمل الذي وعد أحد العمال الذي أجر خدماته بدون تحديد مدة بالاحتفاظ به مدة طويلة إذا كان راضياً عن عمله، ارتكب خطأ صرفه من الخدمة بعد أربعة أسابيع، من حيث أن العمل الذي قام به العامل تم الاعتراف بجموده، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول آب 1900، I, S.1901، صفحة 219. وقد أدين رب عمل عن وجه حق بالمعطل والضرر لأنه أخطأ عندما قام، بعد أن آمن للعامل الذي استأجر خدماته بدون تحديد مدة مكاناً مستقراً وأكد له أن بإمكانه المجيء للعمل بأمان تام، بما جعل العامل يبدل مكان إقامته مع أسرته، بتسريحه بدون سبب بعد ستة أشهر: النقض المدني في 16 أيار 1909، 7 تموز 1909، J.S.1909، صفحة 428.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 تموز 1988، النشرة المدنية I، رقم 248، صفحة 172.

(2) Sirey-Dalloz 1994، الصفحة 162 من التقرير.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 326، صفحة 234؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة G، II، 22224 ومصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة E، I، 557، تعليق Ch.JAMIN.

(4) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 نيسان 1994، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة G، IV، 529.

بصاحب امتياز قديم وهام، لا يمكن إلا أن يكون متوقفاً لمدة طويلة، بحيث أن مانع الامتياز «أخل بالاستقامة» تجاه صاحب الامتياز الذي لم يتنكر لفضله. إن الأمر يتعلق بالتأكيد بحكم رد، وتأييد محكمة النقض يعود إلى ظروف واقعية خاصة. وهذا الحكم يؤكد الفكرة التي بمقتضاها ينبغي أن لا يكون نسخ عقد الامتياز قد تم بهذه الخفة وعلى وجه الخصوص عندما يكون صاحب الامتياز، بالاستقلال عن أسباب التسوية المقدمة وهو لم يرتكب أي خطأ، قد قام بجهود هامة في التوظيف بناء على طلب مانع الامتياز.

إن هذه الإسنادات إما مباشرة إلى حسن النية وإما إلى نص يورد أن الاتفاقيات «يجب أن تنفذ بحسن نية»، وإما إلى موجب الاستقامة، تدعو إلى التفكير في أن التعسف في استعمال الحق لا يمكن أن يتميز بنية الإضرار وحسب وإنما أيضاً بإثبات سوء نية من يفسخ العقد، وهو تطلب أقل. إن حركة اجتهادية كهذه تندرج تماماً في تطور عام ينتزع اليوم إلى تعزيز واجب الاستقامة والتعاون الذي يجب أن يشجع الفريقين المتعاقدين خلال تنفيذ العقد⁽¹⁾. وإذا ما تم تأكيد ذلك، ولا سيما في مجال الامتياز، فإنه يتيح توازن التقديرات المعقّدة التي تترك في أغلب الأحيان أصحاب الامتياز «تحت رحمة مانحي الامتياز»⁽²⁾.

وعلى من يتذرع بالتعسف في ممارسة الحق، باعتبار حسن النية مفترض دائماً، أن يقدم الإثبات عليه (عبء الإثبات يقع على المدعي *actori incumbit probatio*)⁽³⁾، ولا يمكن أن تكون المعايير الحفاظ القسري على العقد. ولا يمكن أن يتعلق الأمر إلا بالحكم بالاعطال بالضرورة⁽⁴⁾.

248 - لا يتوجب الفسخ الأحادي الجانب، كقاعدة عامة، التسوية بسبب مشروع.

لا يفرض طلب حسن النية إلى أن يفرض على فاعل الفسخ أن يسوغ عمله بسبب مشروع للفسخ⁽⁵⁾.

بعض محاكم الأساس ادعى مع ذلك ممارسة رقابة أسباب التسوية⁽⁶⁾. وهذه النزعة

(1) انظر F.TERRÉ, Ph. SIMIER et Y.LEQUETTE, المرجع عينه، الطبعة الخامسة، الرقم 414 وما يليه - Y.PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat - مقدمة، 1989، L.G.D.J., G.COUTURIER.

(2) Chénas منشورات (Ph.MALAUZIE et L.AYNÈS, Les contrats spéciaux F.COLIART DUTILLEUL et Ph.DEBECCQUE, Contrats civils et commerciaux، 454 - صفحة 834، موسوعة Dalloz، الطبعة الثانية، رقم 946، صفحة 777.

(3) الفقرة السلبية الأولى في محكمة النقض، 13 شاط 1967، الحكم المذكور سابقاً - B.HOUIN، الأطروحة الأتنة الذكر، رقم III - 23، صفحة 576 وما يليها.

(4) انظر بهذا المعنى B.HOUIN الأطروحة السالفة الذكر، رقم III - 98، وما يليه، صفحة 658 وما يليها.

(5) الفقرة التجارية 15 كانون الأول 1969، الحكم المذكور سابقاً - B.HOUIN الأطروحة المذكورة آنفاً رقم III - 8، صفحة 558، والاجتهاد العزيز المستشهد به في التعليق رقم 1، رقم III - 31، صفحة 587.

(6) محكمة Aix-en-Provence، 28 آذار 1984، حكم استشهد به وعلق عليه J.MESTRE في المجلة النصيلة للقانون المدني، 1986، صفحة 108.

غير مقبولة ذلك بأنه لا يعود إلى القاضي، في غياب نص تشريعي، أن يحل محل فاعل الفسخ بالنسبة إلى تقدير ملائمة متابعة العلاقات المقدية. والحال أن تطلب سبب عادل بقود بالضرورة إلى تقدير قيمة هذا السبب. يضاف إلى ذلك أن رقابة كهذه مفعولها قلب عبء الإثبات طالما أن على المدعى عليه تسويغ موقفه.

على أننا سوف نرى أن الاجتهاد يفرض إثبات سبب تسويغ صحيح للفسخ عندما يتعلق الأمر بوكالة تسمى «وكالة المصلحة المشتركة»، وجرى اقتراح امتداد هذا الحل إلى عقود «المصلحة المشتركة» جميعاً، وهذا يفرض تحديد مجال حق الفسخ الأحادي الجانب.

الفقرة 2 - فسخ عقود للمصلحة المشتركة الأحادي الجانب

249 - تحدد نظرية المصلحة المشتركة في القانون العام ممارسة حق الفسخ الأحادي الجانب⁽¹⁾.

نظرية وكالة المصلحة المشتركة هي من إنتاج الاجتهاد الذي أخذ به المشرع أحياناً⁽²⁾. فالمادة 3، الفقرة الأولى من مرسوم 23 كانون الأول 1958 تنص على ما يلي: «نهرم العقود بين المعتمدين التجاريين وموكليهم لمصلحة الفريقين المشتركة». والمادة 4 من القانون رقم 91 - 593، تاريخ 25 حزيران 1991، المتعلق بالعلاقات بين المعتمدين التجاريين وموكليهم تستعيد كلمة كلمة النص السابق. وعقد التنشيط العقاري هو، حسب المادة 1831 من القانون المدني، وكالة مصلحة مشتركة يلتزم فيها شخص يسمى «مشتطاً عقارياً» تجاه صاحب العمل بأن يعمل، لقاء ثمن متفق عليه عن طريق عقود إجارة عمل، على تحقيق برنامج بناء عمارة أو أكثر كما يعمل هو نفسه أو يجعل غيره يعمل، لقاء مكافأة متفق عليها، على القيام بالعمليات القانونية والإدارية والمالية جميعاً أو يقسم منها للمساهمة في الموضوع عينه.

وقد ذكّرت محكمة النقض، استناداً إلى المادة 2004 و 1134 من القانون المدني، في أول تموز 1986⁽³⁾، في صدد وكيل عام للتأمين، «بأن الموكل، إذا كان، حسب النص الأول، بإمكانه الرجوع عن توكيله عندما يحلو له ذلك، فليس بإمكانه القيام بذلك بدون سبب مشروع وبدون التأكد من رضا الوكيل عندما يكون مرتبطاً بوكالة مصلحة مشتركة».

على أن قاعدة اللّارجوع عن وكالة المصلحة المشتركة ليس لها مدى مطلق. وهكذا استبعدت في تطبيق المادة 491 - 3 من القانون المدني. إنه الحل الذي تأكد بوضوح في 12

(1) J.GHESTIN, Le mandat d'intérêt commun, in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges (1) offerte à Jean Derrupé, 1991, صفحة 105 وما يليها.

(2) انظر الرقم 571 اللاحق، للأنظمة المستتجة من مبدأ التنشيط التجاري.

(3) النشرة المدنية، 1، رقم 188، صفحة 183.

أيار 1987 بهذه العبارات: «أوردت المحكمة البغائية عن وجه حق بأن لارجعية وكالة مصلحة مشتركة، ولو كانت مشرطة بصراحة، لا تنقذ قاضي الوصاية الذي يملك، لمصلحة حماية عديمي الأهلية، بموجب المادة 491 - 3، الفقرة 3، من القانون المدني، إمكانية الحكم بالرجوع عن الوكالات التي يعطيها شخص كان موضوعاً في حماية القضاء»⁽¹⁾.

250 - سوف نحدد نظام وكالة المصلحة المشتركة قبل التنازل عن المفهوم الأعم الذي اقترحه بعض المؤلفين لمقد المصلحة المشتركة.

I - نظام وكالة المصلحة المشتركة

251 - نطلب سبب تسوية مشروع للفسخ ليس له مفعول منع ممارسة حق الفسخ الأحادي الجانب.

إلا أن محكمة النقض قبلت، في زمن أول، أن تكون وكالة المصلحة المشتركة غير قابلة للرجوع عنها. وهكذا طرحت الغرفة المدنية في محكمة النقض، في 13 أيار 1885⁽²⁾ من حيث المبدأ، ما يلي: «من حيث أن الوكالة، في القانون، عندما تعطي لمصلحة الموكل والوكيل، لا يمكن الرجوع عنها بإرادة أحد الفرقاء حتى أكثرتهم المستفيدة منها، وإنما يرضاهم المتبادل أو لسبب مشروع يعترف به القضاء، أو أخيراً للأسباب والشروط الخاصة المينة في العقد».

ومن غير المنازع منه اليوم أن لا تكون الوكالة لمدة غير محددة، ولو كانت للمصلحة المشتركة، صحيحة إلا أن تقرر بإمكانية الفسخ الأحادي الجانب⁽³⁾. فجرى التشديد على أن الموكل «يكون مسؤولاً إذا لم يكن بإمكانه أن يسوّغ، في حالة المعارضة، عمله بسبب مشروع للفسخ»⁽⁴⁾. غير أن الأمر لا يتعلق إطلاقاً بالحفاظ على العقد ضد إرادة الموكل⁽⁵⁾ ويقوم القضاء فقط برقابة الأسباب التي دعت فاعل الفسخ إلى اللجوء إليه فيدخلون درجة أخرى في تقدير حسن النية.

252 - لا يسوّغ فسخ وكالة مصلحة مشتركة إلا بإثبات سبب مشروع.

في غياب وكالة مصلحة مشتركة يمكن الحكم على الموكل بالاعتل والضرر كعقوبة للفسخ

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 أيار 1987، النشرة المدنية، I، رقم 148، صفحة 116.

(2) Sirey 87، I، صفحة 220. انظر مع هيئة مماثلة، النقض المدني، 11 شباط 1891، S.91، I، صفحة 121. انظر بالمعنى عينه غرفة العرائض، 22 كانون الثاني 1868، Dalloz 68، I، صفحة 169 - 6 كانون الثاني 1873، S.73، I، صفحة 24.

(3) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم II - 181 وما يليه، صفحة 371 وما يليها.

(4) B.HOUIN، الأطروحة الألفنة الذكر، رقم II - 132، صفحة 292، رقم II - 207، صفحة 390 وصفحة 391.

(5) انظر بهذا المعنى M.BEHAR-TOUCHAIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 120 في نهايته.

الأحادي الجانب لعقد لمدة غير محددة⁽¹⁾، وإنما لا يسوّغ ذلك إلا بإثبات خطأ أو غش بشكل تعسفاً في ممارسة هذا الحق في الفسخ الأحادي الجانب الذي سبب الضرر للوكيل⁽²⁾.

وبالمقابل، ينبغي، إذا جرى الأخذ بوصف وكالة المصلحة المشتركة، أن يثبت الموكل أن الفسخ كان مسوّغاً بسبب مشروع، على وجه العموم بخطأ الوكيل الظاهر بشكل كافٍ. وقد ردت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 17 آذار 1987⁽³⁾، طعناً يتمسك بأن «الخطأ الفادح» يمكن أن يسوّغ نسخ وكالة مصلحة مشتركة إذ لاحظت أنه إذا كانت محكمة الاستئناف قد أخذت في النهاية بمفهوم وكالة المصلحة المشتركة فقد بينت أيضاً أن المصلحة التي كانت لشركة التأمين في هذا العقد تعود إلى «إنتاج كافي» لوكيلها وأن إنتاج السيد Domer كان أدنى بكثير من المعايير المقبولة، وهكذا بينت وجود سبب مشروع للرجوع بدون تعويض⁽⁴⁾.

يضاف إلى ذلك أن مفهوم السبب المشروع للرجوع أوسع من خطأ الوكيل⁽⁵⁾. وحكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 28 حزيران 1967⁽⁶⁾، بأن الفسخ كان مسوّغاً في حالة التوقف عن صنع المتوجات التي كان يشمل بيعها موضوع الوكالة. وقبلت بالأحرى الحل عينه في حكم بتاريخ 10 آذار 1976⁽⁷⁾ عندما توقف الموكل في الوقت عينه ونهاياً عن إنتاج المتوجات التي كان الوكيل مكلفاً ببيعها وتوقف عن نشاطه، يضاف إلى ذلك أنه جرى إبلاغ الوكيل في مهلة معقولة.

وبإمكان الموكل أيضاً التذرع بإعادة تنظيم مؤسسة⁽⁸⁾ شرط أن يكون لإعادة التنظيم هذه طابع حقيقي وخطير.

(1) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 12 كانون الأول 1967، النشرة المدنية III، رقم 411، صفحة 388؛ مصنف الاجتهادات المنوري، 1968، II، 15534، القضية الأولى تعليق J. HÉMAR.

(2) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 10 حزيران 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 216، صفحة 121 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 آذار 1984، النشرة المدنية، I، رقم 92، صفحة 76.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 94، صفحة 71.

(4) النقض التجاري في 12 شباط 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 68، صفحة 68، نقض حكم بالملاحظة إن هذا الحكم بإعلانه، إضافة إلى ذلك، أن Abner كان عليه، لتسوية قراره بالفسخ، أن يثبت خطأ D.B.D. اعترف بحق الموكل المزعوم، مع الأخذ في الحسبان تاريخ الإنفاذ السابق للرسم 28 كانون الأول 1958، في التذرع بسبب مشروع للرجوع (...)، 28 حزيران 1971، النشرة المدنية، IV، رقم 180، صفحة 180، الاستناد إلى غياب الخطأ وإلى سبب مشروع للرجوع في الوقت عينه.

(5) النقض التجاري في 28 حزيران 1967، المسجلة الفصلية للقانون التجاري 1968، صفحة 111، رقم 4، ملاحظة J. HEMARD، وبناء على إحالة، محكمة استئناف أورليان، 27 أيار 1968، مصنف الاجتهادات المنوري، 1970، IV، صفحة 174 المسجلة الفصلية للقانون التجاري، 1970، صفحة 473، رقم 11، ملاحظة J. HEMARD.

(6) D. 1976، الصفحة 49 من الموزع.

(7) انظر النقض التجاري في 8 تشرين الأول 1969 (القضية الأولى)، D. 1970، صفحة 144، طلبات J. LAMBERT، المسجلة الفصلية للقانون التجاري، 1970، صفحة 473، ملاحظة J. HEMARD، بيان إعادة تنظيم مزرعة للمؤسسة.

كما حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 28 أيار 1963⁽¹⁾، انطلاقاً من تحقيقات قضاة الاستئناف التي بالاستناد إليها برهنت الشركة «على الطابع الحقيقي والخطير لإعادة التنظيم التي لجأت إليها» ومن تحقيقه على مراحل يعلم صاحب العلاقة، بأن «محكمة الاستئناف»، «استناداً إلى هذه الحقائق والتقدير المتبعة للسبب المشروع والطابع غير الفجائي للرجوع عن الوكالة، وهي لم تنكر أن الوكالة كانت لمصلحة مشتركة، سوّغت حكمها بشكل قانوني»، وردت طلب منع عطل وضرر لنسخ العقد الذي يربط هاوياً بوكيله الأمين.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 21 حزيران 1988⁽²⁾، بالمقابل، بأن محكمة الاستئناف أخذت بصواب بأن إعادة تنظيم خدمة البيع، بهدف التملص من دفع العمولة وحسب، لا يمكن أن تعتبر سبباً مشروعاً للرجوع عن وكالة مصلحة مشتركة. وينتج في الحقيقة عن هذا الحكم أن إعادة تنظيم المؤسسة لا يمكن أن تنسخ الفسخ الأحادي الجانب لوكالة المصلحة المشتركة عندما تكون مستوحاة من الهاجس الوحيد في الاقتصاد في المكافأة الواجبة الدفع لوكيلها.

ويمكن أن تجعل إعادة تنظيم المؤسسة ولا سيما توزيع المنتجات الفسخ الأحادي الجانب لوكالة المصلحة المشتركة مشروعاً عندما يفرضها تطور هام، حتى «ثورة» في السوق.

وحكمت الغرفة التجارية في 21 تشرين الثاني 1966⁽³⁾، بأنه إذا كانت الصناعة المعنية، صناعة المعليات في الحالة الراهنة، قد تناولتها «ثورة» ولا سيما عن طريق تدخل مراكز الشراء، حيث أن الشركة في هذه الظروف وأمام الاستحالة في أن تعمل على قبول تخفيض هام لعمولتها بالنسبة إلى الأعمال التي تتعامل بموجبها مع مجموعات شراء، كان لها سبب تسويق مشروع الفسخ وكالة عملها، مع استبعاد التعويض عن الفسخ.

كما حكمت في 13 تشرين الثاني 1969⁽⁴⁾ «بأن الحكم المطعون فيه، بالإضافة إلى بيان (...) أن الفريقين كانا مرتبطين بعقد وكالة مصلحة مشتركة، تثبت بسيادة من أن نمو النشاط الصناعي لشركة Morey عدل الشروط الاقتصادية لاستثمارها التجاري، وجعل من الضروري إعادة تنظيم نظام التمثيل المعمول به مدة خمسين سنة في السابق فيداً مسبقاً تجاه «الضرورات الاقتصادية الجديدة» التي استدعت في هذا الفرع بحثاً عن الزُّبُن «في مرحلة البيع بالمعزق» وليس، كما كانت الحالة حتى ذلك الحين بالنسبة إلى 86% من رقم المبيعات، لدى أربعين بالعملة فقط؛ وأن إعادة التنظيم هذه، الضرورية لتكييف طرق درس

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 259، صفحة 213. انظر أيضاً النقض التجاري في 11 تموز 1963 النشرة المدنية، III، رقم 378، صفحة 316.

(2) النشرة المدنية I، رقم 199، صفحة 138.

(3) النشرة المدنية IV، رقم 335، صفحة 313.

(4) النشرة المدنية III، رقم 444، صفحة 382.

أساليب التسويق انسجماً مع تطور الممارسات التجارية، كانت تفرض نفسها على الرفاق Christophe الذين رفضوا ذلك رغمًا عن المنافع المعادلة التي تتضمنها الاقتراحات الجديدة لشركة Morey بالنسبة إليهم، وأنه تمكن من الاعتبار أن الفسخ الذي قرره شركة Morey من جانب واحد كان له سبب مشروع، وبالتالي من رفض منح العطل والضرر اللذين طالب بهما الرفاق Christophe.

وإعادة التنظيم مقبولة في هاتين الحالتين كسبب تمويغ صحيح لحل الوكالة الأحادي الجانب بسبب تطور هام في السوق مع الأخذ في الحسبان قدم الروابط المعقدة. ولا يمكن أن تكون لوكالة المصلحة المشتركة، عندما تعقد منذ مدة طويلة وفي الظروف الاقتصادية التي تطورت، نتيجة ثل التكيف الضروري للمؤسسة مع تطور هام للسوق.

وقد لاحظت محكمة استئناف Aix-en-Provence، في 2 أيار 1975⁽¹⁾، تجاه وكالة مصلحة مشتركة تهدف إلى توزيع الأدوية «أن الطبيعة ذاتها لعقد كهذا، حيث تصلح المصالح المتبادلة للوكيل والموكل تبادلًا كسب يكتب جوهره ذاته من وحدة هذه المصالح، تعارض مع أن يتمكن أحد الفريقين من بناء قراره بالفسخ الأحادي الجانب على الاعتبارات الاقتصادية الشخصية البحث وحسب التي تقضم مصلحتها الحاصرة وليس على خطأ شريكه في التعاقد». وقد حكمت بالتالي «بأن إعادة تنظيم الخدمات التجارية المقدمة كسبب للفسخ من قبل شركة مختبرات Laphal، ولو كانت مبنية على أساس تجاري وعلى تمويل ملائم، لا يمكن أن تعتبر بالتالي سبب تمويغ مشروع لهذا الفسخ، وتعفيها من موجب التعويض عن الضرر الناتج عنه للمشتأف عليه». وينبغي، كما لاحظ العبد Hémard⁽²⁾ الذي أيد هذا الحكم، لكي تكون إعادة تنظيم المؤسسة سبباً صحيحاً للفسخ الأحادي الجانب، أن تكون قد «فرضتها الضرورة»⁽³⁾.

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 4 أيار 1965⁽⁴⁾، لكي ترد طعنًا يأخذ على محكمة الاستئناف أنها أذانت الموكل بالتعويض عن الضرر الناجم عن فسخ أحادي الجانب لوكالة مصلحة مشتركة، بصورة خاصة «أن شركة Gobert» لم تشر في طلباتها إلى أي عجز في مؤسستها واكتفت بالتأكيد «أن إعادة تنظيم المؤسسة وتوقف مصلحة التمثيل في هذه القضية يشكلان السبب المشروع الوحيد للرجوع». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف التي لم تبين وجود أي إعادة تنظيم حقيقية للمؤسسة، وإنما تحققت على العكس

(1) Delloz 1976، صفحة 344، تعليق J. HÉMARD.

(2) التطبيق المذكور سابقاً.

(3) يستشهد المؤلف بهذا المعنى بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 28 كانون الثاني 1967، مصنف الاجتماعات الدوري، 1967، الطبعة G، II، 15290 مكرر، تعليق P. LEVEL؛ المجلة الفصلية للتأتون التجاري، 1968، صفحة 111، رقم 24 ملاحظة J. HÉMARD - محكمة استئناف ليون، 17 تشرين الأول 1974، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1975، صفحة 169، رقم 9، ملاحظة J. HÉMARD.

(4) النشرة السنوية II، رقم 288، صفحة 261.

من الطابع النظري التي استخرجته شركة «Gobert» من التوقف المذكور سابقاً، تمكنت من التقرير أن سبب التسيو الذي تحتج به شركة «Gobert» لا يشكل سبباً مشروعاً للفسخ. ومن المعروف أن صيغة «تمكنت من التقرير» تعبر فيها محكمة النقض عن تأييدها القانوني للحل المعروف على رقابته⁽¹⁾. فالغرفة التجارية إذاً أيدت محكمة الاستئناف في القانون لاستبعادها توقف مصلحة التمثيل لدى الوكيل الذي وصفه الوكيل خطأ أنه إعادة تنظيم لمؤسسة كسب شرعي للرجوع عن وكالة المصلحة المشتركة.

253 - معيار وصف وكالة المصلحة المشتركة.

كان مفهوم وكالة المصلحة المشتركة مقبولاً عندما كانت هذه الوكالة تابعة لاتفاقية تعطي الوكالة الطابع عنه.

وهكذا حكمت غرفة العرائض في 22 كانون الثاني 1868⁽²⁾ «بأنه إذا كان قسم من الكمبيالات مظهراً على بياض وإذا كانت الوكالة الناتجة عن تظهير كهذا يتم الرجوع عنها عموماً بوفاء من أعطاهما، ينبغي أن يكون الأمر على غير هذا النحو في الحالة التي تكون الوكالة المعطاة لمصلحة الوكيل وكذلك لمصلحة الموكل قابلة للرجوع عنها».

وقد قبلت غرفة العرائض الحل عنه في 6 كانون الثاني 1873⁽³⁾، تجاه وكالة معطاة بين شركاء في المستقبل ومن أجل تكوين الشركة.

وتم قبول هذا الوصف في ما بعد عندما بشارك الفريقان في عقد الوكالة في تحقيق موضوع مشترك.

ونقضت الغرفة المدنية في محكمة النقض، في 3 أيار 1885⁽⁴⁾، حكماً رفض إعلان وكالة غير قابلة للرجوع عنها في حين أن محكمة الاستئناف «لم تعتز على كون السيد Frédéric Fiat له صفة شريك في ملك أموال أنيطت به إدارتها لخمس سنوات، ولم يكن بإمكانها قانوناً أن ترفض الاعتراف بالمصلحة المالية التي كانت له، بصفته هذه، في تنفيذ وكراته». وهنا يشارك الوكيل في إدارة أموال كان شريكاً في ملكها وبذلك تشارك الوكالة في تحقيق الموضوع المشترك طالما أنه يتناول شيئاً مشتركاً بين الفريقين.

وهكذا كان من الواجب لتطبيق النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة أن تشارك هذه الوكالة في تحقيق موضوع مشترك يمثل مصلحة مالية للفريقين. وبالمقابل، لم يكن كافياً أن تمثل الوكالة، بطابعها المأجور، مصلحة بالنسبة إلى الوكيل، واستيفاء الوكيل أجراً لم يكن

(1) انظر المدخل العام، رقم 469، انظر J. VOULET، المنشور في محكمة النقض في L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، الطبعة G، I، 2305، رقم 13 وروم 14.

(2) D. 68، I، صفحة 169.

(3) S. 73، I، صفحة 24.

(4) Dalloz 1885 الدوري، I، صفحة 1351 S. 87، I، صفحة 220.

يشكل في الواقع الموضوع المشترك المطلوب. وقد ذكر العديد من أحكام محكمة النقض بهذا المبدأ⁽¹⁾. على أن «الوكالة غير قابلة للرجوع عنها بإرادة الأجير وحدها (...)» رقتضي إضافة إلى ذلك تفحص ما (...) إذا كانت الوكالة قد أعطيت لمصلحة الموكل والوكيل⁽²⁾. ولا يكفي بصورة عامة أن تكون للموكل والوكيل مصلحة في تنفيذ الوكالة، ولا سيما عن طريق المكافأة المرتبطة بنشاط الوكيل. ينبغي أن تكون للفريقين حقوق مباشرة ومتنافسة على موضوع الوكالة أو أن يساهما بنشاطهما المتبادل وتعاونهما في ازدياد الشيء الذي هو مالهما المشترك.

وليس ذلك، مثلاً، حالة اتفاقية بمقتضاها تعترف إحدى الشركات لشخص ما بصفة مستشار تقني مكلف رقابة تنفيذ أشغال الصيانة⁽³⁾. كما أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في حكمها بتاريخ 14 آذار 1984⁽⁴⁾، رأت «أن الوكالة المعطاة لوكيل عقاري ليست وكالة مصلحة مشتركة».

وقد طبق النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة على وجه الخصوص في وضع ساهم فيه الوكيل في تكوين زئيم مشتركين أو تكاثرم يمثل بصورة خاصة الموضوع المشترك المبين في القرارات السابقة.

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 8 تشرين الأول 1969⁽⁵⁾، «أن تحقيق موضوع الوكالة يمثل بالنسبة إلى الموكل والوكيل Rosier» مصلحة انطلاق المؤسسة لإيجاد الزين وتكاثرم، وهي مصلحة مشتركة تسوّغ بالنسبة إلى الرجوع عن هذه الوكالة شذوذاً عن قواعد الوكالات المجانية أو المأجورة التي لا يهم موضوعها إلا الموكل» وأن محكمة الاستئناف تمكنت بذلك في الحالة الراهنة من وصف الوكالة بالمصلحة المشتركة.

كما لاحظت الغرفة التجارية نفسها، في 20 كانون الثاني 1971⁽⁶⁾، «أن تحقيق

(1) حكم غرفة المرافض في محكمة النقض، أول أيار 1907، S.1908، I، صفحة 88، «من حيث أن هذه الوكالة، لأن مكانة عامة إلى حد ما كانت مشترطة، لا يمكن أن تعتبر مطاة لمصلحة الموكل والوكيل» - النقض المدني في 4 آذار 1914، D.P.1916، I، صفحة 68 - النقض الاجتماعي في 30 كانون الأول 1949، S.1950، I، صفحة 103 - النقض المدني، 6 كانون الثاني 1965، النشرة المدنية، IV، رقم 12، صفحة 11 - النقض المدني، الغرفة الأولى، 11 حزيران، النشرة المدنية، I، رقم 223، صفحة 179، من حيث أن محكمة الاستئناف «باكتفائها بالأخذ بأن هذا الأخير تلقى مكانة لتنفيد العقد، بدون بيان عناصر أخرى كافية بتسويق طابع وكالة المصلحة المشتركة الذي تنسب إليها، لم تحط حكمها الأساس القانوني».

(2) النقض المدني في 11 شباط 1991، S.91، I، صفحة 121.

(3) حكم محكمة استئناف ليون، 18 آذار 1974، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، IV، صفحة 224.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 93، صفحة 77.

(5) D.1970، صفحة 143، طلبات J.LAMBERT؛ السجلة الفصلية للقانون التجاري، 1970، صفحة 473، رقم 12، ملاحظة J.FÉMAR.

(6) النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 19، انظر، مع صيغة مماثلة، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 30 تشرين الأول 1978، D.1979، صفحة 58، من التقرير - 2 تموز 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 222، صفحة 180.

موضوع الوكالة يمثل بالنسبة إلى Rosier كما لـ Paniz مصلحة انطلاق المؤسسة لإيجاد الزين وتكاثريهم، وهي مصلحة مشتركة تسوّغ بالنسبة إلى هذه الوكالة شذوذاً عن قواعد الوكالات المجانية أو المأجورة التي لا يهتم موضوعها سوى الموكل⁽¹⁾ لكي تستنتج من ذلك أن: محكمة الاستئناف، بعد أن استبعدت نظام المسافرين والممثلين الوسطاء التجاريين ونظام الوكلاء التجاريين كما هو محدد في مرسوم 28 كانون الأول 1958، تمكنت، في الحالة الراهنة، من وصف الوكالة بالمصلحة المشتركة.

وهذا الإسهام في انطلاق المؤسسة عن طريق تكاثر الزين، بالنسبة إلى الغرفة التجارية، حسب حكمها الصادر في 2 تموز 1979⁽²⁾، كاف، ومن غير المهم بالنسبة إلى الوكيل «أن يكون مهتماً بموضوع الوكالة نفسه، أي أن يمتلك حقوقاً متنافسة مع حقوق الموكل في هذا الموضوع»، بحيث أنه ليس من الضروري التحقيق، لتمييز وكالة المصلحة المشتركة، من «حق شخصي» للوكيل «في الزين موضوع الاستثمار باسم الموكل ولحسابه».

ونقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في تاريخ 17 أيار 1989⁽³⁾، حكماً أنكر، لاستبعاد وصف وكالة المصلحة المشتركة، أن يمثل نشاط مراسل صحيفة Sud-Ouest الهادف إلى «البحث، مقابل عمولة، عن طائفة دعايات لنشرته Réole (...)» فائدة لانطلاق زين الصحيفة. ففي عرف محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحر، بعد أن بينت أن السيد Lescombes، تمكن من تكوين شبكة زين من بين المعلنين في صحيفة Sud-Ouest، لم تستخرج النتائج القانونية لتحقيقاتها».

وبينت الغرفة المدنية الأولى، في أول تموز 1986⁽⁴⁾، في صدد وكيل عام للنامين، بعد أن ذكرت بالنظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة، بأن العقد «يفرض عليه أن يكون وكيلاً أميناً ومخلصاً لشركة Winterbur، وأنه من البديهي أن يتمكن كل من الفريقين من أن يحتفظ من هذه الاتفاقية بمصلحة مرتبطة برقم المبيعات الذي حققه الوكيل»، بحيث أن محكمة الاستئناف «كان عليها البحث عما إذا كان الرجوع عن هذه الوكالة من قبل شركة التأمين مسوّغاً بسبب مشروع أم لا».

وهكذا، في عرف الغرفة التجارية في محكمة النقض، حسب حكمها الصادر في 6 كانون الثاني 1985⁽⁵⁾، ليس ثمة وكالة مصلحة مشتركة لصالح الوكيل المكلف تحصيل الديون ما دام أنه ليس في وسعه «تسويق تدخل لإيجاد الزين وتكاثريهم بموجب وكالته».

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 222، صفحة 180.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 157، صفحة 105.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 186، صفحة 183.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 12، صفحة 11.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 12، صفحة 11.

254 - القواعد الاجتهادية التي تسوس فسخ وكالة المصلحة المشتركة هي قواعد بديلة.

يعترف اجتهاد مستقر للفريقين بحرية اشتراط العودة إلى القانون العام⁽¹⁾.

وأكدت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 11 كانون الأول 1973⁽²⁾، ذلك بالصورة الأكثر وضوحاً في العبارات التالية: «ولكن من حيث أن محكمة الاستئناف التي بينت أن الفريقين، حتى شهر آذار 1964، استبدلا تدريجياً بعقد الإيداع الأولي وكالة معقودة لمصلحتهما المشتركة، إلا أن الاتفاقية الجديدة لم تكن خطية وفقاً لنصوص مرسوم 23 كانون الأول 1958، وأن André لم يقدّم بتسجيل نفسه في السجل المذكور في هذا المرسوم، لم تتناقض مع نفسها بالأخذ بأنه كان يعود إلى André إثبات الطابع التعسفي للفسخ في 31 آذار 1964، ما دام أنها بينت، بصواب، أن البند المتعلق بإمكانية الفسخ المتبادلة بدون تمويض التي لم تلغ كان مباحاً في إطار وكالة المصلحة المشتركة، وأن André لم يكن بإمكانه الادعاء بعبطل وضرر إلا أن يثبت الطابع التعسفي للفسخ».

ومن المعروف حسب محكمة النقض أن «امتداد تطبيق مرسوم 23 كانون الأول 1958، المتعلق بنظام الوكلاء التجاريين، لا يتناول إمكانية التذرع بالمفاعيل المرتبطة بموجب القانون العام بالوكالة المعقودة لمصلحة الموكل والوكيل المشتركة»⁽³⁾. وفي حين أن هذا النظام من الانتظام العام بحيث أن الحماية التي يعطيها للوكلاء التجاريين النظاميين لا يمكن تقليصها باشتراط في عقودهم⁽⁴⁾، فإن نظام الحماية، بالمقابل، الناجم من تطبيق مفهوم وكالة المصلحة المشتركة يمكن إعداده بحرية بإرادة الفريقين⁽⁵⁾.

وقد ذكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 7 حزيران 1989⁽⁶⁾، في

(1) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 10 شباط 1975، النشرة المدنية، IV، رقم 39، صفحة 31؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1975، صفحة 556، رقم 2، ملاحظة G. CORNU. - 10 تشرين الثاني 1958، مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، الطبعة G. II، 11509، تعليل M.T. - 15 كانون الأول 1954، النشرة المدنية III، رقم 395، صفحة 301 - النقض المدني، 13 أيار 1985، D.P.85، 1، صفحة 350. B. HOUIN الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم III - 275، صفحة 474 وما يليها - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 2 آذار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 90، صفحة 81.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 358، صفحة 319 - انظر بالمعنى عنه حكم 10 شباط 1970، النشرة المدنية، IV رقم 51، صفحة 50.

(3) النقض التجاري، 8 تشرين الأول 1989، D. 1970، صفحة 173، طلبات J. LAMERT.

(4) إن المادة 15 من قانون 25 حزيران 1969 الذي من نظاماً جديداً للوكلاء التجاريين تعتبر عدداً معيناً من الاشتراطات المتعارضة مع هذه الأحكام غير خطية، مما يعني تأكيد طابعها من الانتظام العام.

(5) على نقيض ذلك، A. BRUNET، Clientèle commune et contrat d'intérêt commun، in Mélanges dédiés à Alexe Weill مرسوعة Dalloz، 1983، رقم 30، صفحة 103.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 229، صفحة 153.

II - عقد المصلحة المشتركة

255 - رد محكمة النقض مفهوم عقد المصلحة المشتركة.

اقتراح بعض المؤلفين، انطلاقاً من مفهوم الزين المشتركين، امتداد نظام وكالات المصلحة المشتركة إلى جميع العقود المسماة «المصلحة المشتركة»⁽¹⁾.

على أن الاجتهاد رفض بحزم قبول توسع كهذا لمجال النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة في غياب وكالة حقيقية. ومستنكفي هنا بالتذكير بالاجتهاد المتعلق بأصحاب الامتيازات وبوكلاء الدعاية وبالوسطاء التجاريين.

1 - لأصحاب الامتيازات:

256 - رد محكمة النقض تطبيق نظام وكالة المصلحة المشتركة على أصحاب الامتيازات.

جرى الأخذ والحكم في بعض أحكام قضاة الأساس بأن عقد الامتياز، بسبب التكامل الذي يحققه ومن هنا بسبب الزين الذين يتكونون عن طريق صاحب الامتياز لصالح مانع الامتياز حصراً على وجه التقريب، يجب أن يوصف بوكالة مصلحة عامة وأن يخضع لنظام هذه الوكالة بالنسبة إلى الفسخ الأحادي الجانب للعقد لمدة غير محددة⁽²⁾.

وقد ردت محكمة النقض بحزم هذا الحل بالحجة الجوهرية بأن الأمر لا يتعلق بعقد وكالة مما يحظر أن يطبق عليه حل خاص بهذا العقد الخاص.

فنقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 12 شباط 1968⁽³⁾، امتداداً إلى المادة 1134 من القانون المدني، حكماً قضى «بأن الاتفاقية المنازع فيها للتوزيع الحصري كانت وكالة مصلحة مشتركة لا يمكن الرجوع عنها إلا بسبب خطأ الوكيل». فبالنسبة إلى محكمة النقض «إن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، بدون تحديد شروط التنفيذ وكيفياته في شأن الاتفاقات المذكورة أعلاه، وبدون استبعاد طلبات Abuer غير المعترض عليها لهذا السبب - التي عرضت أن شركة D.B.D اشترت ثم باعت بعد الشراء المجزآت باسمها الخاص وعلى مسؤوليتها وبحرية تامة، بكونها مجرد صاحب امتياز للشراء وإعادة البيع يكافئاً بأرباح وليس بعمولة، ثم تسوّغ وصف وكالة المصلحة المشتركة التي أعطت للعقد».

(1) انظر على وجه الخصوص A.BRUNET, *Clients commune et contrat d'intérêt commun*, المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 85 وما يليها.

(2) انظر *L'intérêt commun dans le contrat de concession*، D.FERRIER، كراسات قانون المقاولات، 1979 - 6، صفحة 12. A.BRUNET، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 91 وما يليه، رقم 15 وما يليه.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 68، صفحة 59.

وردت الغرفة التجارية، في 13 أيار 1970⁽¹⁾، طعناً أخذ على قضاء الاستئناف بأنهم حكموا بأن العقد المنازع فيه كان اتفاقية بيع وليس وكالة مصلحة مشتركة تسوّغ إعطاء عطل وضرر لفسخ أحادي الجانب مجرد من أسباب تسويق مشروعة. ولاحظت محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، من جهة أخرى (...) أعلنت أن المحاكم غير مقيدة بظاهر العقد، ويعود إليها البحث عن نية الفريقين الحقيقية، وبينت أن شركة Virfollet اشترت «بصورة بائنة» من Fonderies Cury «المسابك الخام» المفوترة من المصنع إلى شركة Virfollet، وأن هذه الفوترة لم تكن شكلية إذ تفسح في المجال لإنشاء كيميالات تسحبها شركة Cury على شركة Virfollet، بدون الأخذ في الحساب واقع أن شركة Virfollet كانت مغطاة بزيائتها الخاصين أم لا، هؤلاء الزبائن الذين كانت هذه الشركة ترسل إليهم باسمها وتستوفي عن طريقهم «بصورة مستقلة تماماً» عن شركة Cury» وأن شركة Virfollet التي أصبحت مالكة السلع تصرف بها بحرية واستوفت ثمن البيع بعد الشراء وأمنت المسؤولية الكاملة للسلع المرسلّة بأخذها على عاتقها الاحتمالات الطفيفة». وأخيراً حكمت الغرفة التجارية «بأن محكمة الاستئناف تمكنت، من أسباب التسويق المتنوعة هذه التي تفسر شروط العقد الغامضة، من أن تستنتج أن هذا العقد ما زال عقد بيع».

وكما لاحظ السيد Guyénot في تعليقه على هذا الحكم «قرر الاجتهاد المبني على الارتباط القانوني لصاحب الامتياز، وعلى وجه أخص على غياب الوكالة، أن صاحب الامتياز ليس في وسعه أن يطالب بتعويض مماثل للتعويض المعطى للوكيل ولا أن يحصل على تطبيق نظرية وكالة المصلحة المشتركة (...)». فالاجتهاد يعتبر أن الزين عنصر من مؤسسته التجارية. ويصفه تاجراً مستقلاً قانونياً يفترض أنه أنشأها، وهي تعود له قانوناً، ولو كانت في الواقع مستغلة منه لدى انقضاء حصريّة التمثيل».

وحكمت الغرفة التجارية بشكل أوضح أيضاً، في 27 تشرين الأول 1970⁽²⁾، بهذه التعابير «ولكن، من حيث أن محكمة الاستئناف بينت، من جهة أولى، استناداً إلى عقد عام 1962: أن مواد Emco المباعة بعد الشراء في فرنسا من قبل شركة Metra كانت قد اشترتها هذه الشركة من شركات Emco، وأي شركة Metra لم تتصرف بصفة وكيل شركة Emco، وأعلنت بصواب، من جهة ثانية، أن اشتراط عائدة عن المبيعات التي جرت في «قطاع» Metra الحصري، بدون المرور بوساطة شركة Metra، لم يكن يميز، في هذه الحالة، نشاط وكيل هذه الشركة، وأنها سوّغت بالتالي حكمها بأن شركة Metra لم تكن وكيل لشركات

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 161، صفحة 144؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة G. II، 16891، تعليق ASAYAG، 1970، D، صفحة 701، تعليق GUYÉNOT؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1971، صفحة 159، رقم 8 ملاحظة J. HÉMARD.

(2) مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة G. II، 16889، ملاحظة P.L. المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1971، صفحة 420، رقم 7، ملاحظة J. HÉMARD.

Erneo، وإنما صاحبة امتياز حصلت عليه منها وحسب، وأن محكمة الاستئناف تمكنت بالتالي من إعلان أن العقد لمدة غير محددة الذي يربط الفريقين كان، عدا التعسف، قابلاً للفسخ في أي وقت بإرادة أحد الفريقين وحدها.

إن نظام وكالة المصلحة المشتركة هو غير قابل للتطبيق هنا أيضاً ما دام أن وصف العقد تم استبعاده.

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 26 حزيران 1972⁽¹⁾ أيضاً، إن «شركة S.I.T.O كانت قد باعت لحسابها سلعاً جرى شراؤها في أول الأمر من شركتي Yashica، لستنتج من ذلك أن محكمة الاستئناف «قررت بصواب أن الفريقين لم يكونا مرتبطين بوكالة مصلحة مشتركة وإنما بامتياز بيع حاصر يمكن لكل منهما وضع نهاية له بحرية، في أي وقت، شرط عدم التصرف تعسفياً».

وحكمت الغرفة التجارية نفسها، في 28 أيار 1973⁽²⁾ «بأن محكمة الاستئناف التي بينت أن الاتفاقية التي تربط الفريقين كانت تتضمن امتياز استثمار تشر مجلة على مسؤولية المستثمر ولمنفعتها وحسب، قررت، بصواب، أن الأمر لم يكن متعلقاً بوكالة مصلحة مشتركة».

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 17 أيار 1976⁽³⁾، أن «شركة Dihor (...) كان قد أنيط بها أن تمثل شركة Bamberger في فرنسا وأن تبيع فيها أجهزة تنوير تصنعها هذه الشركة التي كانت تفوز لها مشتريات وأن شركة Dihor بدورها كانت توجه إلى زبنها، بائعي الجملة والفرق الفرنسيين، فواتيرها الخاصة» وحكمت «بأن محكمة الاستئناف التي تمكنت من أن تستنتج من هذه التحقيقات أن شركة Dihor لم تكن الوكالة التي تكافأ بالعمولة وإنما صاحبة الامتياز غير الحصري لشركة Bamberger قد سوّغت حكمها».

وفي 9 آذار 1976⁽⁴⁾ أعلنت الغرفة التجارية نفسها، مع رد الطعن المقدم إليها لأن سبب التسويغ المعني كان وافراً وأن الإدانة سوّغة بما فيه الكفاية بالطابع التعسفي للفسخ، صراحة أن سبب التسويغ «المعتمد على أساس أن عقد الامتياز المبرم، بسبب ظروف القضية بدون تحديد مدة، لا يمكن أن يفسخ من قبل مانح الامتياز في غياب أسباب تسويف صحيحة».

(1) الشرة المدنية، IV، رقم 205، صفحة 198.

(2) الشرة المدنية، IV، رقم 187، صفحة 119.

(3) الشرة المدنية، IV، رقم 166، صفحة 141.

(4) D.1976، صفحة 388.

257 - ردت محكمة النقض، من وقت أحدث، بوضوح مفهوم عقد المصلحة المشتركة الذي يهدف إلى امتداد نظام وكالة المصلحة المشتركة إلى عقود أخرى غير الوكالة.

نقضت الغرفة التجارية أيضاً، في 30 تشرين الثاني 1982^(١)، استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني، حكماً بالملاحقة «إن محكمة الاستئناف، لكي تعلن أن فسخ الشركة العقد الذي يربط الفريقين كان يسوّغ منح تعويض للسيدة Berthier، أعلنت أن فسخ اتفاقية مبرمة لمصلحة الفريقين المشتركة يؤدي إلى دفع هذا التعويض إلا في حال إثبات خطأ بحق الشريك في التعاقد». وبالنسبة إلى محكمة النقض «إن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، وقد تحققت من أن السيدة Berthier تلقت السلع التي أرسلت إليها مع فواتيرها لتسدّد المبلغ إلى مؤزّدها كي تنجز بها فتعيد بيعها لحسابها الخاص بثمان غير مفروضة، بدون أن تكافأ بالمعولة وإنما بالاستفادة من ربحها، لم تستخرج النتائج القانونية لتحقيقها».

وكما لاحظ المعلق على هذا الحكم «إن الحكم الذي أصدرته محكمة النقض في 30 تشرين الثاني 1982 رد بصورة قاطعة وصف الاتفاقية بأنها للمصلحة المشتركة التي نسبت إلى عقد التوزيع الحصري».

كان اللجوء إلى نظرية وكالة المصلحة المشتركة، في زمن أول، قد استند لتأمين حماية مزيّدة للموزع الحصري، ولا سيما للوسيط التجاري، ضد فسخ غير مسوّغ للعقد الذي يربطه بمؤزّده. ثم أمام استحالة قبول صفة وكيل الموزع الذي يشتري لكي يبيع بعد الشراء لحسابه، انطلق مفهوم عقد المصلحة المشتركة من أجل الحفاظ على هذه الحماية.

لم تكن محكمة النقض قد اتخذت بعد موقفاً واضحاً من هذه الصفة، فاتخذت في القضية الراهنة بالرجوع إلى مفهوم المصلحة المشتركة في إطار عقد الوكالة وحده. فنقضت حكم محكمة استئناف بوردر الذي رأى أن الاتفاقية بكونها مبرمة لمصلحة الفريقين المشتركة، بدون أي تحديد آخر، يجب أن يؤدي فسخها غير المسوّغ إلى تعويض على عاتق فاعل هذا الفسخ. وقد تم قبول هذا الحكم الذي يبدد الالتباس الواقع باستخدام تسميحي لمفهوم المصلحة المشتركة في عقود التوزيع التجاري.

هناك إذاً رد قاطع لتطبيق النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة على عقد ليس وكالة.

(١) النشرة المدنية، IV، رقم 383، صفحة 320؛ كذا في قانون المقاولات، 1983 - 2، صفحة 25، في
D.F. تأليف D.F. Absence d'intérêt commun dans la concession.

ب - وكلاء الدعاية:

258 - ليس نظام وكالة المصلحة المشتركة قابلاً للتطبيق على وكلاء الدعاية في حال عدم التحقق من عقد وكالة.

حكمت محكمة التجارة في سين، في حكم بتاريخ 22 حزيران 1962⁽¹⁾، بأن السيدة Boncourt التي عهد إليها من قبل SOV بالدعاية لمنتج Vitapointe كان بإمكانها الإفادة من «مصلحة مشتركة» وقد قامت «بدورها كموزع دعاية وبالتالي كوكيل تجاري مرتبط بوكالة باتفاقيات مبرمة لمصلحة الفريقين المشتركة». واستنتجت من ذلك أن الفسخ غير الموزع لهذا العقد يسوّغ إعطاء عطل وضرر.

بيد أن الحكم فسخته محكمة استئناف باريس في 24 حزيران 1963⁽²⁾. فقد تحقق قضاة الاستئناف «من أنه لم يبرهن على أن السيدة Boncourt أتمت الأعمال الأساسية لمهنتها بصفة وكيلة SOV، وذلك شرط لا غنى عنه لكي يمكن اعتبارها وكيلة تجارية وعلى وجه أخص وكيلة دعاية لهذه الشركة». ثم أضافوا «أنه ثبت أن جميع العقود المبرمة عن طريق السيدة Boncourt بين شركة SOV وأركان الدعاية قد وقعها الزبون نفسه وشركة SOV ولم توقعها السيدة Boncourt المدعى أنها وكيلة، وأن كلفة الدعاية كانت مدفوعة مباشرة من قبل أركان SOV، وأن المدفوعات تمت مباشرة من قبل SOV (...).» واستنتجوا من ذلك «أن السيدة Boncourt في هذه الأحوال لا يمكنها أن تطالب بصفة وكيلة دعاية، وأنها ليست وكيلة بحيث أنه ليس في سمها إذا بناء ادعائها بالعطل والضرر بشكل صحيح على وكالة المصلحة المشتركة المزعومة التي كان يمكن أن تكون شركة SOV قد أناطها بها».

وردت الغرفة التجارية في محكمة النقض الطعن المقدم ضد هذا الحكم، في 3 كانون الثاني 1967⁽³⁾. فقد أعلنت، بعد أن ذكرت بأسباب تسوية قضاة الاستئناف، أن «الحكم، في حالة هذه التحقيقات والتقدير، يمكن، من جهة أولى، من التقرير أن السيدة Boncourt تصرفت بصفة وسيط وليست بصفة وكيل (...).» وأن محكمة الاستئناف، من جهة ثانية، بالنسبة إلى نشاط السيدة Boncourt الوحيد بصفة مستشار في الدعاية، قد أجابت بذلك على الطلبات المذكورة أعلاه المبنية حصراً على وجود وكالة مصلحة مشتركة مزعومة، ولم يكن ثمة أي خطأ أو غش تم اللجوء به في الاستئناف من شأنه أن يشكل بحق SOV تعصفاً في استعمال حقها في وضع نهاية للعقد لمدة غير محددة موضوع النزاع».

(1) مجلة الاجتهاد التجاري، 1962، صفحة 304، ملاحظة B.LYONNET؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1984، صفحة 607، رقم 12، ملاحظة J.HÉMAR.

(2) المراجع عنه، رقم 309.

(3) 1967، D، صفحة 369.

يكفي إذا حسب حكم محكمة النقض استبعاد صفة الوكالة لكي يستنتج أن نظام وكالة المصلحة المشتركة لا يمكن أن يطبق.

وقد وصفت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حكم أول بتاريخ 12 كانون الأول 1967⁽¹⁾، صراحةً بالوافر سبب تسوية قضاة الاستئناف الذي استندوا إليه لإدانة فسخ عقد دعابة على أساس وصف وكالة المصلحة المشتركة ولكي لا يأخذون إلا بواقع أنه لم يكن هناك «تعسف في استعمال حق» الفسخ الأحادي الجانب.

كما ردت الغرفة التجارية نفسها في حكم ثاني في اليوم نفسه⁽²⁾ طعنًا يأخذ على قضاة الاستئناف بصورة خاصة بأنهم لم يتوخّوا «سبب الدعم المتعلق بطابع» المصلحة المشتركة للوكالة التي تربط الفريقين». ولاحظت لكي تسوّج هذا الرد أن محكمة الاستئناف، في حالة هذه التحقيقات والتفديرات التي ينتج عنها على وجه الخصوص أن Airwell أبرم مع «Publicité 28»، بدون أن يخصصها بحصرية، بناءً على اقتراحات وطلبات خاصة ومجددة، اتفاقيات متعاقبة لأشغال دعابة تنفذها هذه الشركة وفقاً لتوجيهات وتعليمات محددة، تمكنت من أن تقرّر (...) إن هذه الطلبات لم تنشأ على عاتق Airwell، في غياب أي تعهد خاص، موجب البقاء زبوناً لشركة «Publicité 28» إلى ما لانهاية له، وأنها سوّغت رفضها بإعطاء السيد Airwell العطل والضرر.

كما رفضت الغرفة التجارية نفسها في محكمة النقض، في 10 حزيران 1968⁽³⁾، تطبيق نظام وكالة المصلحة المشتركة على وكالة دعابة إذ لاحظت أن «الوكالة لم تكفّ بتنفيذ وكالة (...) وإنما تصرفت باسمها الخاص وتحت اسم شركة لم يكن اسم الشركة المفوضة». غير أن هذا القرار، بدون أن يعلن ذلك صراحةً، طبق وصف الوسيط التجاري إذ أخذ بالسمات التي تميز هذا العقد. وسنجد ذلك في صدد عقد الوساطة. وتكفي الآن ملاحظة أن التحقق الواسع تجاه وكلاء الدعابة، من أن العقد المنازع فيه لم يكن وكالةً يكفي، بالنسبة إلى محكمة النقض، لتسوية استبعاد النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة.

ج - الوسيط التجاريون:

259 - يميز عقد التفويض عن الوكالة بالطابع غير التام لتمثيل المفوض.

ليس ثمة وكالة إلا أن يكون هناك تمثيل تام، وتنتج مفاعيل العمل المنجز من قبل الوكيل مباشرة في ذمة الموكل - الممثل المالية. وبالمقابل ليس ثمة وكالة وإنما تفويض، أو

(1) مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة G، II، 15534، تعليق J. HÉMAR، السجلة الفصلية للقانون التجاري، 1968، صفحة 753، رقم 13، ملاحظة J. HÉMAR.

(2) المرجع فيه.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 218، صفحة 208.

تسخير أو إعلان الحائز الحقيقي إذا كان التمثيل غير تام، فيتصرف الممثل تماماً لحساب الممثل وإنما باسمه الخاص، بحيث أن مفاعيل العمل تتحقق أولاً في ذمة المالية وينبغي أن تنقل بعد ذلك إلى الممثل.

ويجب أيضاً، داخل العقود التي تحقق تمثيلاً غير تام، القيام بتفريق بين الوساطة التي لا تندمي على الإطلاق أن يجهل الأشخاص الثالثون هوية الممثل من جهة أولى، ومن جهة ثانية إعلان الحائز الحقيقي، وإنما بدون هوية الممثل عند إبرام العقد، وأخيراً المستخر الذي لا يعلن عن صفته كممثل⁽¹⁾.

260 - ترفض محكمة النقض تطبيق نظام وكالة المصلحة المشتركة على عقد التفويض.

كما لاحظ السيد Bénabent⁽²⁾ أنه، «عندما يكون العقد لمدة غير محددة يملك كل فريق إمكانية الفسخ الأحادي الجانب». ويضيف «أن تياراً فقهاً واجتهادياً معيماً، إذ لاحظ أن التمثيل يؤمن مصالح الفريقين، حاول أن تمتد إليه القواعد التي ظهرت في صدد وكالة المصلحة المشتركة التي تقود إلى التعريض على الوسيط في حالة الفسخ»⁽³⁾. ويضيف هذا الكاتب قائلاً «على أن هذا الحل المرتكز على مفهوم مفقود لوكالة المصلحة المشتركة (الذي يستوجب فائدة للفريقين في القضية التي تنفذ وليس فائدة يجنيها الوكيل الحكاها) رفضه بشكل حازم محكمة النقض التي لا تسمح بإعطاء الوسيط الممثل والضرر إلا أن يكون بالإمكان بيان ظروف تجعل الفسخ تعسفياً»⁽⁴⁾.

ويلاحظ السيد Pétel⁽⁵⁾ أيضاً أن «عقد التفويض» وهو وكالة مهنية في جوهره، لا يستفيد من القواعد المطبقة على وكالة المصلحة المشتركة.

وجرى الحكم بأن وكالة المصلحة المشتركة يمكن أيضاً أن تمتد⁽⁶⁾. نقد حكمت

(1) انظر الرقم 564 اللاحق وما يليه.

(2) مصنف الاجتهادات التجارية، الكراسة 365 (1983)، الوسيط التجاريون بصورة عامة.

(3) يستشهد السيد Bénabent بما يلي: «المحكمة البدائية في Anneye، 2 تموز 1961، 8 تموز 1964، D.S. 1965، صفحة 333، تعلين R. PLAISANT - J. HÉMAR, Contrats commerciaux - رقم 738 - G. RIPERT et R. ROBLOT, Droit commercial، الجزء II، رقم 2641».

(4) يستشهد هذا المؤلف بهذا المعنى بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 10 شباط 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 49، صفحة 49، D.S. 1970، صفحة 392 - 27 حزيران 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 182، صفحة 153 - محكمة استئناف Rennes، 9 تموز 1974، مصنف الاجتهادات الجزئية، 1975، الطبعة G، II، 17990، تعلين R. PLAISANT.

(5) Les obligations du mandataire، منشورات Leloe، 1988، مقدمة M. CABRILLAC، 1988، صفحة 12.

(6) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 شباط 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 58، صفحة 55، D.S. 1970، الصفحة 135 من الموجز.

محكمة استئناف باريس بالمقابل، في 20 تشرين الثاني 1963⁽¹⁾، بأن عدم تحديد العقد، في حالة التفويض لمدة محددة، عدا عدول أحد الفريقين قبل ستة أشهر، لا يعطي الحق في التمويض على الوسيط.

وحكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض منذ 10 حزيران 1969⁽²⁾، بأن نظرية وكالة المصلحة المشتركة كانت غير قابلة للتطبيق على عقد التفويض.

ولاحظت، في صدد وكالة للدعاية، أن «محكمة الاستئناف ردت طلب الوكالة بالتفويض عن الضرر الذي سببه لها فسخ وكالة المصلحة المشتركة المزعومة التي أعطته Les Ateliers». رحلت الطعن الذي يتمسك بأن «التشيل لم يكن» من جهة أولى، من جوهر الوكالة ولا يؤثر في العلاقات بين الموكل والوكيل، وأنه ينجم عن التحققات الخاصة للحكم المطعون فيه أن الوكالة كانت تعمل لحساب الموكل ولمصلحته وقد تلقت منه التعليمات وكان اسمها معروفاً تماماً من «الأركان» الذين يتوحدون بالدعاية لها، وأن واقع التعامل مع «الأركان» وتسييد فواتير الدعاية مباشرة لا يستبعد مفهوم الوكالة؛ والوكالة البرمة لصالح الموكل والوكيل تنشئ من جهة أولى، موجبة تعاقدياً على عاتق كل من الفريقين اللذين لا يمكنهما العدول إلا باتفاق مشترك؛ وأن مصلحة وكالة الدعاية التي ينبغي، كأي مقابلة من هذا النوع، أن تنتظم مسبقاً للحفاظ على «الأركان» وفقاً لإنتاج كل زبون، تنجم عن التحققات عنها للحكم المطعون فيه الذي يبين تنظيم الوكالة المعنية للحملة الدعاية وتدخّلها لدى «الأركان»، وأن الحكم المطعون فيه أعطى بالتالي رصفاً خاطئاً للعقد المبرم بين الفريقين ولم يستخرج النتائج التي تنجم بالضرورة عن ذلك (...).

ثم سوّغت الغرفة التجارية بعد ذلك رد الطعن بهذه العبارات: «ولكن من حيث أن الدعاية، كما يثبت محكمة الاستئناف من جهة أولى، كانت مفوترة في القضية الراهنة من قبل «أركان» الوكالة وباسمها وقد سددت الكلفة هي نفسها، وأن الفواتير الجديدة صدرت بعد ذلك عن الوكالة نفسها لصالحها الخاص وموجهة منها إلى المعلن الذي مدد لها المبلغ، وأن الوكالة، تجاه الأركان، لم تكتف بالتالي بتنفيذ وكالة أنشطتها بها Les Ateliers، وإنما تصرفت باسمها الخاص وباسم شركة لم تكن اسم مفوضها، وأن محكمة الاستئناف تمكنت في استبعاد تطبيق القواعد المتعلقة بوكالة المصلحة المشتركة في القضية الراهنة، وبالتالي لم يتم التمسك بأي تمسك أو أي خطأ في ممارسة Les Ateliers حقها في إلغاء الوكالة من رفض الحكم على Les Ateliers بدفع تمويض للوكالة».

ويلاحظ أن الغرفة التجارية، بدون أن تذكر صراحة وصف الوسيط لمواجهته بوصف الوكيل واستبعاد القواعد المطبقة على وكالة المصلحة المشتركة، تستعيد حرفياً بالمعيار الوارد

(1) المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1964، صفحة 136، رقم 11، ملاحظة HÉMAR، والمجلة الفصلية للقانون التجاري، 1976، صفحة 791، رقم 18، ملاحظة HÉMAR.

(2) النشرة المدنية، TV، رقم 218، صفحة 209.

في حكمها السابق بتاريخ 3 أيار 1965⁽¹⁾ بهذه العبارات: «على خلاف الوكيل يتصرف الوسيط باسمه الخاص أو باسم شركة ليس اسم مفوضه». واستنتجت أيضاً وصف عقد التفويض من كون الوسيط يفوتر ويقبض هو نفسه ثمن التوريدات. ويتج من مقارنة هذين الحكمين للفرقة التجارية في محكمة النقض أن القواعد الخاصة بوكالة المصلحة المشتركة غير قابلة للتطبيق على من يتصرف باسمه الخاص أو باسم شركة ليس اسم من فوضه، أي لا تطبق على الوسيط التجاري.

وترفض الفرقة التجارية أيضاً، كما سبق أن رأينا، الأخذ في الحسابان البرهان الذي يقدمه طالب الطعن والذي بمقتضاه كان المفوض معروفاً تماماً من اللذين يتعامل معهم الوسيط تماماً باسمه وإنما لحساب مفوضه.

وطرحت الفرقة التجارية في محكمة النقض هي نفسها، في 10 شباط 1970⁽²⁾، مبدأ أن القواعد الخاصة بوكالة المصلحة المشتركة غير قابلة للتطبيق على الوسيط في حكم أكثر مدلولاً إذ يتعلق بحكم نقض استناداً إلى المادة 94 من القانون التجاري على وجه خاص.

ولاحظت «أن الحكم المطعون فيه يبين أن شركة Le Comptoir، «متنوع مصنوعات» في تولوز، باعت بالعمولة، من عام 1954 إلى عام 1964، مشعاعات (واقية للمطر) صنعتها شركة La Manufacture de la Nation وهما مفوض ووسيط مرتبطان بعقد لمدة غير محددة وأن محكمة الاستئناف أدانت La Manufacture التي قطعت علاقات الأعمال هذه بدفع المطل والضرر لشركة Le Comptoir بدون بيان أي ظرف يجعل هذه القطعية تعسفية بحجة أسباب التسويغ هذه وحدها، «بأن العقد الذي يربط Le Comptoir بشركة La Manufacture كان بالاضبط عقد تفويض يطبق القانون نفسه عليه قواعد الوكالة» (المادة 94 من القانون التجاري)، وأن هذه الوكالة، في القضية الراهنة، كانت بشكل جلي «للمصلحة المشتركة»، إذ يجني كل فريق منها «منافع أكيدة»، وأن «الوسيط أخيراً، في أي عقد تفويض، له الحق في المطل والضرر في حالة القسح من قبل المفوض».

وفي عرف محكمة النقض أن محكمة الاستئناف، التي طبقت هكذا في القضية الراهنة القواعد الخاصة بوكالة المصلحة المشتركة، في حين أن المواد 1984 وما يليها، بموجب النص المبين أعلاه من القانون المدني، لا تطبق إلا على من يتصرف، تجاه الزين، باسم المفوض وليس باسمه الخاص، لم تعط حكمها الأساس القانوني».

من الواضح تماماً أن محكمة النقض، بدون أن تتطرق صراحة إلى وصف الوسيط غير المتنازع فيه في القضية الحاضرة، جعلت التطبيق الخاص بوكالة المصلحة المشتركة متوقفاً تماماً على نقطة معرفة ما إذا كان الوسيط يتصرف باسمه الخاص أو باسم المفوض مما يحيز

(1) النشرة المدنية، رقم 280، صفحة 253.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 49، صفحة 49، D.1970، صفحة 392.

مرة أخرى التفريق بين الوكيل والوسيط التجاري.

وكما لاحظ العميد Hémard الذي علق على هذا الحكم⁽¹⁾ الذي أيده «كان الحكم المظنون فيه مبنياً تماماً على التباس إذ طبق قواعد الوكالة في حين أن الوسيط الذي كان يعمل باسمه الخاص كان وسيطاً تطبيق عليه المادة 94، الفقرة الأولى، وليس وكيلاً تسري عليه الفقرة 2 من هذا النص».

وبالفعل وحسب الفقرة الأولى من المادة 94 «الوسيط التجاري هو الذي يعمل باسمه الخاص أو باسم شركة لحساب المفوض». والفقرة الثانية تحدد «أن واجبات الوسيط وحقوقه، إذ يعمل باسم المفوض، محددة في القانون المدني، الكتاب III، الباب XIII»، أي في الأحكام المتعلقة بالوكالة. وذلك بأن ثمة وكالة عادية وليس هناك تفويض، وفقاً لما حكمت به الغرفة الجنائية في محكمة النقض، منذ 24 تموز 1852⁽²⁾، عندما لا يعمل الوسيط باسمه الخاص لحساب المفوض وإنما، وفقاً لما نصت عليه المادة 94، الفقرة 2، باسم المفوض.

ويبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض وصفت، في 2 آذار 1993⁽³⁾، ناشراً صحافياً، صفة كوسيط تجاري مقبولة من حيث المبدأ، ويكيل لكي تمتد إليه وكالة المصلحة المشتركة. وعندها تساءل بعضهم عما إذا كانت محكمة النقض «أرادت القطيعة مع اجتهادها السابق وامتداد نظرية وكالة المصلحة المشتركة إلى الوكالات جميعاً ولو كانت بدون تمثيل، كعقد التفويض»⁽⁴⁾، غير أنه جرت البرهنة على أن الخاصية الإجرائية للمفوضية كانت تمنع استنتاج خلاصات عامة⁽⁵⁾. كان أحد الفريقين الذي اعترض أمام محكمة النقض على وصف «وكالة المصلحة المشتركة» قد أكد هو نفسه أمام قضاة الأساس وصف «الوكالة»، في حين أن الفريق الآخر تملك بأن الأمر يتعلق بوكالة امتياز. كان بإمكان محكمة الاستئناف التي لم تراجع بوصف تفويض محتمل أن تطبق على العقد نظام وكالة المصلحة المشتركة بدون أن تتمكن محكمة النقض من أن تأخذ عليها ذلك إذ من المعروف⁽⁶⁾ أن القاضي لم يكن ملزماً، من حيث المبدأ، بتقديم وصف غير صحيح وأن العقد لم يكن من الممكن، في أي حال، أن يسأل بالامتياز.

(1) المجلة الفصلية للقانون التجاري 1970، صفحة 707.

(2) I, D.P.1852, 255. انظر بالمعنى عينه الغزلة الجنائية في محكمة النقض، 30 نيسان 1853، D.P.53، 5، صفحة 140.

(5) النشر، المجلد، IV، رقم 90، صفحة 61؛ مصنف الأبحاث الدورية، الطبعة G، II، 22167، تعليق
 Contrats - T.AUBERT-MONPEYSSSEN، صفحة 48، D.S.1994؛ M.BEHAR-TOUCHAIS
 L.LEVENEUR، 1893، Concurrences Consumption، تعليق

(4) M.BEHAR-TOUCHAIS، التعلیق المذكور سابقاً.

J. GHESTIN, Les diffuseurs de presse bénéficient-ils du régime du mandat d'intérêt commun? (5)

(6) انظر الرقم 129 اصابق .

261 - رفض محكمة النقض الأخط بوصف عقد التفويض لمصلحة مشتركة.

استبعدت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 27 حزيران 1978⁽¹⁾، البرهنة التي حاولت التفريق بين عقود التفويض والعقود التي تبرم لمصلحة الفريقين المشتركة لتماثل الغاية الأولى بوكالات مصلحة مشتركة.

كانت بالفعل قد جرت مراجعتها بموجب طعن تملك «بأن التفويض، من حيث المبدأ، حتى في علاقات المفوض بالوسيط، يتبع مفاعيل الوكالة، ولا تطبق القواعد الخاصة بوكالة المصلحة المشتركة بحكم القانون على أي تفويض، والأمر على غير هذا النحر عندما يبرم العقد، كما في الحالة الحاضرة، لمصلحة الفريقين المشتركة لكي يكون الوسيط زبناً مرتبطين بالمفوض وإنما يحكم استثمارهم بالاشتراك بين الفريقين، وأن الحكم المطعون فيه، باستبعاد قواعد وكالة المصلحة المشتركة بحجة وحيدة أن الوسيط كان يتعامل باسمه الخاص مع الزين، بدون البحث، كما تدعو إليه طلبات كمؤسسات Gouin، عما إذا كان العقد العبرم كان للمصلحة المشتركة، لم يعط الأساس القانوني لما حكم به».

وردت الغرفة التجارية هذا الطعن بهذه العبارات: «من حيث أن (...) الحكم بين أن نية الفريقين المشتركة كانت إبرام عقد تفويض ينص على أن شركة مؤسسات Gouin تبيع وتنفوثر باسمها، لحساب شركة Veuve Laurent-Perrier خمور Champagne من هذه الشركة؛ وأن محكمة الاستئناف لم يكن عليها البحث عما إذا كان عقد التفويض قد أبرم لمصلحة الفريقين المشتركة ما دام أنها تمسكت بصواب بأن القواعد الخاصة بوكالة المصلحة المشتركة في القضية الراهنة لم تكن قابلة للتطبيق (...)».

وطبقت محكمة استئناف Rennes، في 9 تموز 1974⁽²⁾، بوضوح على الوديعين الناشئين الصحافيين مبادئ سبق بيانها. ولاحظت، بتطبيق العقد النموذجي N.M.P.P، الموصوف صراحة بتعابير «مبادئ تقليدية لنشر الصحافة الناتجة عن العادات التي ذكر بها المجلس الأعلى للنقل الصحافي السريع الذي أنشأ قانون 2 نيسان 1947»، أن «Besquin الذي لم يكن قد اختار وديعه الفرعيين ولا تجاره المتقلين، بقي مع ذلك مسؤولاً تجاه شركة Télégramme عن عدم دفع ثمن الصحف التي تسلمها وياعها هؤلاء، مما يستبعد أن يكون الأمر متعلقاً بصفة وكيل الشركة». وأضافت أن «القاعدة» خارج حالة وكالة المصلحة المشتركة التي ليست حالة القضية الحاضرة، هي فسخ العقد لمدة غير محددة في أي وقت ما عدا الخطأ والغش، وأن شركة Télégramme تمسكت، عن وجه حق وبانطباع صحيح عن وقائع القضية، بأن Besquin تصرف، في توزيع البيع بصفته الشخصية، كوسيط ووديع ضامن للرفاء يعمل لحساب الشركة، وإنما باسمه الخاص وعلى مسؤوليته الشخصية». واستنتجت

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 182، صفحة 153، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1979، صفحة 316، ملاحظة J.HÉMARD الذي يؤيد الحل.

(2) مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، الطبعة G، II، 17990، تعليق R.PLAISANT.

من ذلك «أن عقداً لمدة غير محددة كهذا يمكن إبرامه بالنظر إلى شخص المتعاقد معه وهو في الواقع كذلك قابل للفسخ في أي وقت شرط الإخطار بمدة معقولة من هذا الفريق أو ذلك، ما عدا الفريق الذي يشكو التعسف في ممارسة هذا الحق في الفسخ، على أن يثبت ذلك».

262 - ترد محكمة النقض في النهاية وبصورة عامة عقد المصلحة المشتركة وتحدد بالوكالة وحدها النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة.

لا يكفي في عرف محكمة النقض، لتسويغ تطبيق النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة، أن يكون الزين «مشاركين» إلى حد ما في الواقع، بين إحدى المؤسسات ووسيط يؤمن توزيع منتجاتها أو خدماتها، حتى لحساب هذه المؤسسة كما في عقد التفويض. ينبغي أن يكون الزين مشتركين قانوناً فلا يعمل الوسيط لحساب المؤسسة وحسب وإنما أيضاً باسم المؤسسة، وهو وضع يميز وكالة المصلحة المشتركة. وهذا الوسيط بالفعل ليس له قانوناً في هذا الوضع وحسب، عدا وجود أحكام نظامية خاصة، أي حق في الزين الذين ساهم في إفادة موكله منهم. ففكرية وكالة المصلحة المشتركة تهدف إذاً إلى تصحيح السيئات الخاصة لهذا الوضع القانوني الخاص للوكيل بإخضاع فسخ العقد الأحادي الجانب إلى إثبات سبب تسويغ مشروع مقبول إلى حد كبير كما رأينا. والنظام المستنتج من مفهوم وكالة المصلحة المشتركة بالمقابل لا مجال لتطبيقه على أوضاع واقعية يمكن أن يوجد فيها زين أو أن لا يوجدوا، حسب الظروف، بحيث أنه لا يمكن إنشاء أي قاعدة ذات مدى عام خارج رقابة التعسف في استعمال حق الفسخ الأحادي الجانب.

وقد نصت المادة الأولى من قانون 31 كانون الأول 1989، على تعبير «عقد مبرم لمصلحة الفريقين المشتركة». ويبدو أن هذه الإضافة الناتجة عن اقتراح نيابي بالتعديل تمت في نية إعطاء نوع من التكريس التشريعي لهذا المفهوم. على أنه لا تبدو، في حالة النص، إلا كشرط إضافي لتطبيق الإعلانات التي فرضها هذا القانون الجديد على «أي شخص يضع في تصرف شخص آخر اسماً تجارياً أو علامة أو شعاراً مع فرض تعهد حصري عليه أو شبه حصري في ممارسة نشاطه». من المشكوك فيه إذاً، انطلاقاً من هذا الذكر في قانون خاص، أن تعدل محكمة النقض موقفها الحازم الحالي. غير أن المسألة تستحق المتابعة بانتباه⁽¹⁾.

(1) انظر O. VIRASSAMY, La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31

décembre 1989 (art. rev.), II, 1990, E, 15809.

الفصل الثالث

إعادة النظر لعدم التوقع

263 - المفهوم

من المقبول عموماً وجود عدم توقع^(١) كلما تجعل ظروف اقتصادية غير متوقعة، لاحقاً

- (١) انظر A. LOUVEAU, *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif* أطروحة في
L.FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision* à - 1920, Rennes
أطروحة في ديجون،
A.BRUZIN, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle* - 1921
أطروحة في بوردو - 1922 P.VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports en droit privé*
نانسي، 1922 BOMSEL, *La théorie de l'imprévision en droit civil français*
1922 J.MAGNAN DE BORNIER, *Essai sur la théorie de l'imprévision*
1924 R.CAPITANT, *Les principes fondamentaux des droits des contrats*, Cours de Doctorat
1932 - 1933, 305 وما يليها E.DE GAUDIN DE LAGRANGE, *L'intervention du juge*
C.M. POPESCU, *Essai d'une théorie* - 1935 Sirey منشورات
J.AUVERLY - 1937 أطروحة في باريس، *de l'imprévision en droit français et comparé*
BENNETOT, *La théorie de l'imprévision, droit Privé, droit administratif, droit ouvrier*
1938 Sirey منشورات
R.CASSIN, *Suspension, rupture et* - 1938 Sirey منشورات
1937 - 1938, 417 وما يليها -
C.STOYANOVITCH, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de*
1941 Aix, منشورات Lecoq
R.REVIRIOT, *Le droit privé français et la théorie de l'imprévision: Essai sur un aspect de*
C.BESSON, *La force obligatoire du contrat et* - 1991 أطروحة في جنيف، *l'interprétation de la loi*
S.LARTIGOLLE, *Justice* - 1955 أطروحة في لوزان، *les changements dans les circonstances*
commutative et droit positif، منشورات Pechade، 1957، 109 وما يليها -
D.-M.PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*
أطروحة في بروكسل، منشورات Bruylant، 1986، مقدمة M.PONTAINE
de l'imprévision dans les contrats, in *Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de*

لإبرام العقد، تنفيذه صعباً للغاية أو مكلفاً جداً، بدون أن يكون هذا التنفيذ بسبب ذلك مستحيلاً⁽¹⁾. ويجري التساؤل إذ ذاك عما إذا العقد يجب مع ذلك أن ينفذ بدون تعديل، لمضرة أحد الفريقين. ويؤدي عدم التوقع إلى اختلال في التوازن يقدر في أونة تنفيذ العقد بين التقديرات المقدية. وهذا ما يبيح تفريقه، شكلياً على الأقل، عن الغير⁽²⁾.

لما عدم توقع عندما لا يعود ثمن أحد الأموال أو إحدى الخدمات، المصدرة في إحدى الاتفاقيات، متوافقاً مع قيمته القيمة الموضوعية التي يقدرها القاضي الذي يضع نفسه في أونة تنفيذ العقد.

وبيح هذا التعريف تحديد مجال نظرية عدم التوقع.

264 - عدم التوقع نظرية تترك فقط بالعقود المحتوية موجبات معبراً عنها بوحدة نقدية.

يرتبط عدم التوقع بالعملة. وحسب صيغة السيدين Roland و Boyer: «عدم التوقع

= l'université de Paris, Etudes de droit contemporain, Contribution française aux III^e et IV^e congrès J.P.DELMAS- SAINT - 1959, Sirey منشورات XV, comparaison internationale de Droit comparé HTLAIRE, L'adaptation du contrat en circonstances économiques, in La tendance de la stabilité du rapport contractuel, دراسات في القانون الخاص، بإدارة P.DURAND، مع مقدمة له، باريس، I.DE LAMBERTERIE, Incidence des changements de -، مسجلة 189، L.G.D.J. 1960، circonstances sur les contrats de longue durée, in Le contrat aujourd'hui: comparaison franco - anglaises. L.G.D.J. 1987، صفحة 217. Les modifications du contrat au cours de son exécution en - R.RODIÈRE et D.TALON، منشورات A.KASSIS، Théorie générale des usages de commerce, droit comparé, contrats, et - 1988، Pédone، M.TANCELIN، La justice contractuelle: Expérience et perspectives au - 481، صفحة 1988، Québec، Du droit du contrat، 1978، الصفحة 1009، FOUILON، النظر في القانون العام، J.DE SOTO، - 1938، Imprévision et économie dirigée، 1950، 1، 817.

(1) R.DEMOGUE، VI، تأليف PLANIOL et RIPERT، الجزء 391 وما يليه - 391، R.DEMOGUE، VI، رقم 632، صفحة 686 وصحة 687، J.LARGUIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الأولى، رقم 1 - J.L.MOURALIS، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، 1973، رقم 1 - TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، Obligations، الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، رقم 440 - CARBONNER، الجزء IV، الموجبات، الطبعة السابعة عشرة، 1992، الفقرة 144 - 1993، J.FLOUR et J.L.AUBERT، L'acte juridique، المجلد 1، الصفحة 401 - 401، B.STARCK، Obligation، المجلد 2، تأليف ROLAND et BOYER، رقم 1214، Ph. H.L. - 334، MALAURIE et LAYNÈS - Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 615، صفحة 334 - 733، Fr.CHABAS، النظرية العامة، تأليف MAZEUD، الجزء II، المجلد 1، الموجبات، 1988، رقم 249. (2) انظر تكوين العقد رقم 760 ورقم 776، ROMSEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 9، D.M.PHILIPPE، رقم 1 - 2 - 3 - 4، صفحة 31.

مسألة من النظام الاقتصادي والمالي⁽¹⁾. والتقديم الممنوح للدائن تنفيذاً للعقد لم يعد متوافقاً مع القيمة الحقيقية للتقديم المقابل. وليس عدم التوقع، من وجهة النظر هذه، سوى مظهر لمفهوم «اضطراب الاقتصاد المادي» التالي لتغير الظروف، اقترح أحد المؤلفين إدخاله في القانون البلجيكي⁽²⁾.

ولذلك يرفض بعض المؤلفين، ومن بينهم واضح هذا الكتاب، أن يُدخل في نظرية عدم التوقع بعض التعديلات التي يقوم بها القاضي في اقتصاد العقد، بدون علاقة مباشرة مع العملة⁽³⁾، كاستبدال دخل عمري مثلاً بإيجار الغذاء، وقد أصبح ضرورياً بسبب سوء التفاهم بين الفريقين⁽⁴⁾: لا يعدل القاضي مقدار التقديرات، إنه يكتفي بتكييف تنفيذ العقد عن طريق الاستبدال.

كما أن إمكانية الطلب قضائياً حذف بند عدم قابلية التصرف الذي يثقل الشرع استناداً إلى المادة 900 - 1 من القانون المدني ليست خاضعة لوجود وضع عدم توقع. فالنص لا يحوي إستانداً إلى خضاعة مالية للواهب أو الموصي ناتجة عن تطور الظروف الاقتصادية، وإنما إلى زوال الفائدة التي حلت إدخال بند عدم التصرف أو إلى حدوث فائدة أهم.

يضاف إلى ذلك، طالما أن عدم التوقع مرتبط بالعملة، أن طبيعة الموجبات الناشئة عن العقد يمكن، بصورة عامة، أن تمنع إقامة وزن لاختلال التوازن اللاحق. وهذا هو مثلاً حال التقديرات المنقذة عيناً في شأن التبادل⁽⁵⁾.

ولكن ماذا يجب أن يقرر أمام تبادل مع فرق الأنصبة؟ إذا جرى الأخذ بوصف موحد للعقد، تطبيقاً لقاعدة التابع⁽⁶⁾، يقتضي الاستنتاج من ذلك أن عدم التوقع قابل للتطبيق عندما

(1) المرجعيات، رقم 1215، أحرف مائلة في النص.

(2) انظر D.M. PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 133 وصفحة 143: «السألة ليست معرفة ما إذا كان تقديم المدين أصبح أكثر كلفة، وإنما معرفة ما إذا كانت القواعد الأساسية والمعامة للعقد حاضرة دائماً عقب تغير الظروف»، بالإضافة إلى الصفحة 638 على وجه الخصوص.

(3) B. STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المرجع عين. وعلى نقيض ذلك Ph. MALAURIE et L. AYNÈ، المرجعيات، الطبعة الأولى، 1985، رقم 410، اللذان اعتبروا الاجتهاد المتعلق بإيجار الغذاء كسالة إعادة نظر قضائية للعقد لعدم التوقع - ويبدو أنهما تخليا عن هذا الرأي في الطبعة اللاحقة، ما دام أنهما لم يعرفوا متسكين بالإيجار للغذاء (رقم 821، الطبعة الرابعة، 1993، والطبعة الثانية، 1990، رقم 822) بدون أن يسخّرا هذا التغير في التحليل.

(4) انظر على سبيل المثال، الغرفة الملمنية الأولى في محكمة النقض، 8 كانون الثاني 1980، النشرة المدنية، رقم 15، صفحة 112 D. 1980، المصنفين: 372 من الشقيرير: D. 1983، صفحة 307، تحليل C. CARREAUX، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، TV، 115، مجلة نصير العدل، 1980، I، المرجع، 256، تعليق A.P. نهري D. 1980، البند 32448، رقم 79، صفحة 1282، ملاحظة J.-L. AUBERT، المجلة المصلي للقانون المدني، 1980، صفحة 781، ملاحظة G. CORNU، يوبات الكتابي العدل، 1981، صفحة 117، ملاحظة J.V.

(5) هذا هو الحل المعتمد في مادة الثمن في المادة 1708 من القانون المدني.

(6) حكمت محكمة النقض بأن اشتراط فرق أنصبة «لا يغير طبيعة العقد إلا أن يضيئ التفاوت بين المبلغ الذي =

يتطلب مبلغ فرق الأنصبة على التقديم العيني، وليس في الحالة المعاكسة . وبالمقابل، إذا تم الأخذ بوصف توزيعي فإن عنصر الثمن يكون بالضرورة خاضعاً لنظرية عدم التوقع.

265 - يتعلق عدم التوقع بجميع الاتفاقيات التي تحوي موجبات معبر عنها بوحدة نقدية وتنفيذاً غير معاصر لتكوينها⁽¹⁾، باستثناء الاتفاقيات المضاربة الصرف.

إن مجال عدم التوقع ليس محصوراً بمقدور المعاوضة. فعدم التوقع يطبق بالفعل في عقود الغرر أيضاً⁽²⁾. وإعادة النظر، تطبيقاً للمادة 4، الفقرة 4، من قانون 25 آذار 1949، في الدخول العمري المكوّن بين الأفراد وموضوعه دفع مبالغ متغيرة من العملة حسب سلم متحرك، هي إشهار في هذا الصدد⁽³⁾. وقد خصص المشرع، في مادة التأمين، إلى حد ما، مكاناً لنظرية عدم التوقع في حالة تفاقم المخاطر المؤمنة أو تناقصها⁽⁴⁾. إن أهمية الضرر هي التي لم تكن متوقعة في يوم إبرام العقد. فالضرر يطرد الغبن ولكنه لا يستبعد عدم التوقع.

يبد أن بعض العقود هو عقود مضاربة بشكل أساسي. كحالة المصالحات المصطفّية (أي المتعلقة بالبرصة)، ولا سيما المصالحات التي يكون موضوعها تداول الأسهم. فالشاري

= دلمه أحد الفريقين بصفة فرق أنصبة وقيمة الشيء المسلم من قبل هذا الفريق على مجمل الاتفاقية طابع البيع، النفق المدني في 10 شباط 1926، D.H.1926، 1، 202 - مرفضة 29 نيسان 1937، مصنف الاجتهادات الدوري، 1927، 742، انظر الرقم 82 السابق.

(1) التعبير السحلي أفضل من تعبير العقد المتعاقب ذلك بأن العقد يمكن أن يجري أجلاً لتفنيذ المرجح بدون أن يتدرج التنفيذ في الزمان. انظر بهذا المعنى PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، المرجع عينه، رقم 397، صفحة 537 وملاحظات VOIRIN، في الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 191 وما يليها.

(2) على نفق ذلك: PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، المرجع عينه، استبعاد عقود الغرر وعقود المضاربة بشكل أساسي من مجال عدم التوقع. وبالمعنى عينه DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 638، صفحة 689، غير أنه يستشهد بأحكام قانون 13 تموز 1930.

(3) LG.D.J.، J.GHESTIN et M.BILLIAU، Le prix dans les contrats de longue durée - حلقة مناقشة الأعمال، رقم 65.

(4) تنص المادة 113-4، من قانون التأمين (المادة 17 من قانون 13 تموز 1930) على أن للمؤمن، في حالة تفاقم المخاطر التسرية إلى المؤمن أم لا، إمكانية فسخ العقد أو اقتراح معدل علاوة تأمين جديد. فإذا لم يقبل المؤمن إعادة النظر في العقد فإن هذا العقد يفسخ. وبإمكان المؤمن المدول من الاستفادة من هذا النص. والمادة 113-7 (المادة 20 من قانون 13 تموز 1930 المعدلة بالقانون رقم 85 - 5، بتاريخ 7 كانون الثاني 1981) تنص بالعكس على أن المؤمن، إذا جرى الأخذ في الحساب، من أجل تحديد العلاوة، الظروف الخاصة المذكورة في وثيقة التأمين والتي تفاقم المخاطر، وإذا زالت هذه الظروف خلال التأمين، الحق في فسخ العقد، بدون تمويه إذا لم يوافق المؤمن على إنقاص العلاوة مقابل ذلك، وفقاً للتعرف المطبقة عند إبرام العقد. انظر حول هذه المسائل M.PICARD et A.BESSON، Les assurances terrestres، الجزء 1، عقد التأمين، الطبعة الخاصة، LG.D.J.، 1982، تأليف A.BESSON، رقم 83، وما يليها، صفحة 141 وما يليها. انظر Ph. L'ÉLEU De LA SIMONE، Le point sur la modification du contrat d'assurance par adjonction de garantie nouvelle، مجلة قصر العدل، 1985، الأسبوع الثاني، الفقه، صفحة 457.

مضارب، وهو يأمل ربحاً من ارتفاع الأسعار، غير أنه يعرف أنه يخاطر في أن يفقد كل شيء إذا انهارت هذه الأسعار خلافاً لتوقعاته. فتنظرية عدم التوقع غريبة عن هذه العقود. ويمكن بالفعل التأكيد، إلى حد ما، أن عدم التوقع هو من جوهرها. إن المضاربة تطرد عدم التوقع⁽¹⁾.

وينبغي عدم الخطأ في شأن مدى هذا الطرح. فكل عقد يحوي شيئاً من الغرور أو المضاربة⁽²⁾. إن عدم التوقع لا يطبق بالضرورة إلا عندما يكون العقد مضارباً صرفاً.

وعدم التوقع، بخلاف الغبن، يمكن أن يقام له وزن تجاه بعض الأعمال المجانية، أي التبرعات مع عبء. فتنفيذ العبء يمكن أن يقدو مكلفاً للغاية بالنسبة إلى المتبرع له، بدون أن يكون مستحيلاً. وإمكان المتبرع، أو حائزي الحقوق، أن يطلب عند ذلك العدول في حال عدم التنفيذ⁽³⁾، ولا يَسْرَع حدوث ظروف جديدة، في القانون، عدم التنفيذ الجزئي أو التام للعبء المفروض على المستفيد من التبرع. وقد أدخل قانون 4 تموز 1984 في القانون المدني المواد 900 - 2 إلى 900 - 8 التي تجيز للمتبرع له أن يقاضي لإعادة النظر في الأعباء والشروط في حال عدم التوقع فيشكل ذلك عقبة أمام دعوى العدول، وذلك بأن عدم التوقع نظرية ترتبط بتنفيذ المرجب، ولو كان هذا المرجب مجرداً من مقابل عندما يكون قد فرضه شخص ثالث على منفذ المرجب استناداً إلى العقد.

266 - تنازع المبادئ والتسوية الضرورية.

يظهر في شأن عدم التوقع تنازع بين المبادئ الموجهة. وعدالة المعايضة ينبغي أن تقود إلى تعديل الاتفاقيات التي يعطي فيها أحد الطرفين أكثر مما كان منصوباً عليه بدون أن يتلقى مقابلاً مساوياً، أو إلى فسخها. وتتجاوب إعادة النظر في الشروط التي تثقل التبرع، عندما يصبح تنفيذ العبء مضراً للغاية، مع فكرة العدالة هذه.

بيد أن اختلال التوازن بين التقديرات قد يكون نسبياً وحسب. والأمن القانوني يفرض دوام العقد وهو عمل توفيق⁽⁴⁾. ومبدأ الحرية والمسؤولية الذي ينزع إلى ترك كل فريق يقود بنفسه التكافؤ بين التقديرات يبرز هذا الرأي. يضاف إلى ذلك أن الانتظام العام التقدي الذي

(1) وهكذا أعلنت المادة 7، الفقرة 2، من قانون «Fellote»، بتاريخ 21 كانون الثاني 1918، بشكل له مدلول، أن هذا القانون غير قابل للتطبيق على العمليات المنتجة في مصف (بورصة) القيم التي تبقى خاضعة للقوانين والراسم والأنظمة المتعلقة بها.

(2) انظر فيفا الأنظمة المتعلقة بها. R. GRUA, Les effets de l'alea et la distinction des contrats aleatoires et les contrats commutatifs, المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 263.

(3) حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 27 كانون الثاني 1981 (الشرة المدنية، I، رقم 32، صفحة 132 مصنف الإجتهاادات الدوري، 1981، IV، 126، D.1982، الصفحة 20 من المرجع، ملاحظات D.MARTIN (الناقد)، بأن العدول في مادة الإيضاء غير مقبول في غياب غطاء المستفيد إلا في الحالة التي كان فيها تنفيذ العبء، سبباً دائماً وحاسماً للتبرع.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 248 ورقم 249.

نتوجمه سياسة الأسعار والعملة بفرض حياد القاضي. فإذا استأثر بسلطة إعادة النظر في العقود فإنه سيؤثر مباشرة في الظروف الاقتصادية⁽¹⁾. إن منفعة العقود الاجتماعية تحت إذا على استبعاد أي تدخل.

على أن عيباً مفرطاً في التكافؤ يصدّم بشكل خطير المبدأ الجوهري للعدالة، إذ يمكن أن يتعرض أحد الطرفين، للخراب. ولذلك يلهم حاجس التوفيق بين العادل والمنافع جميع الحلول في هذا الشأن.

وهذا ما يظهره التطور التاريخي لنظرية عدم التوقع التي من المناسب رسمها قبل تقديم المظاهر الأكثر تمييزاً لنظامها القانوني، ثم اقتراح محاولة تركيب للتعميم الاحتمالي لإقامة وزن لعدم التوقع.

(1) R.SAVATIER, La théorie l'imprévision... المذكور سابقاً، صرحة 7.

القسم 1

التطور التاريخي

267 - سرف نعالج التطور السابق لمدونة القانون المدني، ومدونة القانون المدني نفسها والتطور اللاحق.

الفقرة 1 - قبل مدونة القانون المدني

268 - علو نظرية عدم الترفع ومبوطها⁽¹⁾.

كان القانون الروماني يدين نظرية عدم الترفع. وهكذا نادى Ulpian بقاعدة مماثلة للقاعدة الواردة في المادة 1134 من القانون المدني⁽²⁾؛ لم يكن المدين إذاً محرراً إلا في حالة القوة القاهرة⁽³⁾. وأظهرت مجموعة Justinien بعض النصوص المتعلقة بمواد خاصة فقط⁽⁴⁾. وغلب بعض الفلاسفة، شيرون (106 - 43 قبل المسيح) وسينيك (4 قبل المسيح - 65 بعد الميلاد) المناهضة بإقامة وزن لعدم الترفع، فقدر أن القوة الملزمة للعقد يجب أن تسلم أمام بعض الظروف المشوومة⁽⁵⁾.

وكان علم الأخلاق الذي يدرسه علماء القانون الكنسي في القرن الوسط (القرن الثاني عشر والقرن الثالث عشر) لا يَنْبَغ عدالة المعاوضة في يوم إبرام العقود (الغبن) وحسب

(1) انظر CASSIN, Suspension, rupture et révision des contrats, Cours de droit, 1937, 1938.

صفحة 90 وما يليها C. STOYANOVITCH الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 211 وما يليها.

(2) A. LOUVEAU، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 45. A. BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 88.

(3) انظر BOMSEL، الأطروحة المستشهد بها آنفاً، ص 13 - 14.

(4) انظر P. VOIRIN، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 44. CARBONNIER المذكور سابقاً، الفقرة 148، Etat des questions، الاستشهاد بحق المؤجر في فسخ الإيجار في حالة حدوث حاجة غير متوقعة للمقار. انظر في شأن دراسة الإيجار في حالة حدوث حاجة غير متوقعة للمقار. انظر في شأن دراسة شاملة للقانون الروماني A. BRUZIN، المرجع عنه.

(5) انظر العنصر الذي أوردنا A. BRUZIN في أطروحته، صفحة 91 و صفحة 92.

وإنما أيضاً عند تنفيذه (عدم التوقع)⁽¹⁾. ورأى Saint Thomas d'Aquin (1225 - 1274) أن من بعد شيء ولا يفي بوعده لا يرتكب أي عدم استقامة إذا تغيرت الظروف⁽²⁾. ويند الإستاذ إلى الحالة التي كانت قائمة (Rebus sic stantibus) التي كان الفريغان يتوخيان منها تحديد تنفيذ مرجعتهما في حالة بقاء الأشياء على حالها كان إذاً مضمراً. وعلى عكس الشارحين (القرن الثاني عشر والقرن الثالث عشر) الذين لم يأتوا على ذكر ذلك⁽³⁾ تبين الشارحون اللاحقون أو البارتوليون (نسبة إلى الفقيه الإيطالي بارتول) (القرن الرابع عشر إلى القرن السادس عشر) مذهب عدم التوقع⁽⁴⁾ الذي دخل ألمانيا⁽⁵⁾ لإيطاليا⁽⁶⁾. ويبدو أن بعض النيابيين - في غرونوبل على الأقل - أخذ بإعادة النظر لعدم التوقع في القرن السابع عشر⁽⁷⁾. وبالمقابل كانت نظرية عدم التوقع قد جرى التخلي عنها من قبل الفقهاء الأهم، مثل Cujas (1522 - 1590) Pothier (1699 - 1772) الذين لم يأتوا على ذكرها⁽⁸⁾.

ويسفر التخلي عن نظرية عدم التوقع، حسب Cassin، بتأثير المدرسة التاريخية للقانون الروماني المتعلقة بتأويل النص، وبمجيء مدرسة القانون الطبيعي التي علقت أهمية كبرى على الإرادة، وأخيراً بمجيء الاقتصاد الليبرالي خصم نظرية عدالة المعايضة⁽⁹⁾.

الفقرة 2 - مدونة القانون المدني

269 - مبدأ رد نظرية عدم التوقع وتوحيده.

طرحت المادة 1134 من القانون المدني مبدأ ثبات الاتفاقيات: «تقوم الاتفاقيات

- (1) انظر A.BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 93 وصفحة 94.
- (2) استشهد بذلك P.VOIRIN في أطروحته، صفحة 45. - بالإضافة إلى PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، رقم 191، صفحة 527.
- (3) انظر A.BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 85 ورقم 96.
- (4) انظر A.BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 97 ورقم 98.
- (5) انظر A.BRUZIN، الأطروحة السابقة الذكر، صفحة 117. وحدد أقرباؤين «مستور الأدوية» Maximilianeus Civitis لسنة 1756 أن يد الإستاذ إلى الحالة التي كانت قائمة كان دائماً مضمراً فمن بعض الشروط. وأقام التقنين البروسي لعام 1794 وزناً لتغير الظروف أيضاً. انظر : RIPERT، La règle morale dans : obligations civiles، الطبعة الرابعة، L.G.D.J.، 1949، رقم 82، صفحة 144 وصفحة 145.
- (6) انظر C.M.POPESCU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 11 وصفحة 12 - PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، المذكورين سابقاً رقم 391، صفحة 527.
- (7) في حكم تاريخ 2 آذار 1634، (استشهد به A.BRUZIN في أطروحته، صفحة 106 وما يليها) قرر المجلس النيابي في غرونوبل إن حقوق الأثران الإطاعية تجب زيادتها إذا كان ثمة انصاف وخباً عن امتلاك المجموعات العريق حق عدم دفع سوى ثمن محدد. ورأى A.BRUZIN إن قبول مفاعيل عدم التوقع كان معارضة شائعة (صفحة 112). انظر بالنسبة إلى دراسة شاملة لهذا القرار C.STOYANOVITCH، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 221 وما يليها.
- (8) P.VOIRIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 46 وصفحة 47. انظر بالنسبة إلى دراسة شاملة A.BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 105 وما يليها.
- (9) المذكورة آنفاً، صفحة 97 وما يليها.

المكونة قانونياً مقام القانون بالنسبة إلى الذين أبرموها. ولا يمكن العدول عنها إلا برضاهم المتبادل أو لأسباب يجيزها القانون.

ومدونة القانون المدني التي لم تتمك بئد الإستناد إلى الحالة التي كانت قائمة تستبعد هكذا بتصميم مذهب عدم التوقع لصالح صلاية الرباط العقدي: المتعاقد عبد متعاقد (العقد شرعية المتعاقدين)⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أن المادة 1783 من هذه المدونة المتعلقة بالصفقات الجزافية⁽²⁾ جرى تقديمها كإظهار لرد نظرية عدم التوقع بكونها سنت مبدأ ثبات السعر⁽³⁾ حتى ولو كان هذا السعر يمكن أن يحدد استناداً إلى مؤشر متحرك⁽⁴⁾.

وقاعدة العقد شرعية المتعاقدين تظهر أولاً كترجمة ملموسة للمفهوم الأراودي للعقد⁽⁵⁾ مسئلة من مذهب سلطان الإرادة. وهي مبنية على نوع من علم الأخلاق: احترام الوعد المقطوع. فيحترم العقد لأنه من الناقية أن يفي كل متعاقد بوعده⁽⁶⁾. والقوة الملزمة للعقد تنزع أيضاً بالأمن الذي توفره⁽⁷⁾، وكذلك بطبيعة العقد وهو عمل توقع، «عمل سلطان على المستقبل»⁽⁸⁾.

وينبغي أن يضاف إلى هذه التوسيفات النظرية تسويق تاريخي: المادة 1134 من القانون

(1) لاحظ السيد Carbonnier أن مشكلة عدم التوقع لم يكن من الممكن أن يكون قد جعلها راضعوا مدونة القانون المدني وأن «الحل الوارد في المادة 1134 كان سلباً عمداً»، المراجعات، الفقرة 148.

(2) «عندما يتعهد مهندس معماري، أو مقاول، ببناء جزائياً، مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض، لا يكون بإمكانه أن يطالب بأي زيادة في السعر بذريعة زيادة كلفة اليد العاملة أو المعدات ولا بذريعة تغير الرفائع المجرأة على هذا التصميم أو زيادتها، إذا لم تكن هذه التغيرات أو الزيادات موضوع إذن غطي وكذلك التسن المنق عليه مع المالك».

(3) L.C.D.J.، الطبعة الثانية، الجزء XI، PLANIOL et RIPERT، Traité pratique de droit civil français، 1954، تأليف ROUAST، رقم 840، صفحة 181. B.BOUBLI، موسوعة DALLOZ فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، v عقد المفاوضة، 1994، رقم 208.

(4) انظر B.BOUBLI، المرجع عنه رقم 210.

(5) A.LOUVEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 44 وما يليها. DE GAUDIN DE LAGRANGE، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 4، صفحة 18 وما يليها.

(6) L.C.D.J.، II، الجزء II، RIPERT et BOULANGER، Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL، 1957، رقم 450. J.AUVERNY-BENNETOT، الأطروحة الآتفة الذكر، صفحة 40، الذي يضيف: «يفرض الشرف والإنصاف احترام الوعد وليس السعي إلى التخلص منه بلزعية أن تنفذ ما تم الوعد به أصبح صلباً».

(7) F.VOIRIN، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 50 وما يليها. R.SAVATIER، La théorie de l'imprévision، الطبعة الثانية، 1870، الجزء XXIV، صفحة 548. C.M.POPESCU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 101. L.JOSSERAND، Le contrat dirigé، 1933، D.H.89 من العرض، ولاسيما صفحة 91. R.RÉVIRIOT، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 116.

(8) RIPERT، La règle morale...، رقم 84، صفحة 151، وبالمعنى عينه J.AUVERNY-BENNETOT، الأطروحة المذكورة آنفاً، صفحة 34 وما يليها.

المدني ردة فعل على موقف المجالس النيابية في النظام القويم: انه يحفظنا من إنصاف المجالس النيابية⁽¹⁾. إن شريعة الفريقين يجب إذاً أن تفرض أيضاً على القاضي ومهمته الوحيدة ضمان تطبيقها⁽²⁾. وهكذا تنس المادة 1134 قاعدة صلاحية تحظر على القاضي أي تدخل في العقد لتجنب التعسف.

وجرى التمسك منذ وقت أحدث بأن «القاضي لا يملك السلطات ولا الصلاحيات الضرورية للقيام باختيارات كهذه (تكليف العقد مثلاً مع الظروف الاقتصادية). وتبدو أساليب الاقتصاد الموجه أجدر لتحقيق عدالة عقدية جمعية من الطريق القضائية»⁽³⁾. وتصلطم صلاحية القاضي، في هذه الرؤية، بالصلاحية المعترف بها للمتعاقدين والسلطة الاقتصادية المتمثلة بالمشترع⁽⁴⁾، بالنسبة إلى التوجيهات الكبرى، أو بالسلطة التنفيذية في مجال صلاحية المستقلة (المادة 37 من دستور 4 تشرين الأول 1958).

270 - يخصص بعض النصوص النادرة في المدونة مكاناً لعدم التوقع.

إنها المواد 1769 إلى 1773 منها⁽⁵⁾. ففي حال تلف كامل المحصول أو نصفه يحدث فجائي، بإمكان المزارع، ضمن بعض الشروط، الحصول على حسم من ثمن الإيجار.

(1) انظر A. LOUVEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 50 وصفحة 51: «شاءت مدونة القانون المدني، كردة فعل على الحالة السابقة للأشياء، ولا سيما خرقاً من قرارات المجالس النيابية، بإيداع حل كبير تجاه القاضي، تقليل دوره. ولم يفرغ من الالاء الشاء الشهير: «انه يحفظنا من إنصاف المجالس النيابية»». وهذا النداء لأهدير العمومي، كما كتب Laurent، يكشف روحية قوانيننا المصرية. إن القاضي مكبل بالخوف من التعسف. ليس بإمكانه أن يفسر إلا البنود المثنية للاتفاقيات، ويجب عليه أيضاً في هذا المجال أن لا يتناقض مع القواعد الأساسية والروحية العامة للعقد. انظر أيضاً ملاحظات A. GIBOULOT في تعليقه على حكم محكمة النقض المدني في 6 آذار 1876، D.P.76، 193، وينتهي عدم نسيان أن محكمة النقض كانت، في الأصل، هي نفسها تحت تبعية السلطة التشريعية ومن هنا إنشاء الاستعجال التشريعي. انظر بليه، صفحة 5، ورقم 28 وما يليه، صفحة 110. انظر المدخل العام، رقم 422، وكذلك C. STOVANVITCH الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 232 وما يليها.

(2) انظر AUVEANY-BENNETOT، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 149 - CASSIN المذكور سابقاً، صفحة 111 وصفحة 112.

(3) B. OPPETIT، Le Rôle du juge en présence des problèmes économiques droit civil français أصمبال (4) H. CAPITANT، الجزء XXII، موسوعة Dalloz، 1970، صفحة 190، على أن مولناً آخر لاحظ، بشكل وثيق العملة بالموضوع، أن تدخل المشترع قائم الأزمات أحياناً، إذ لم يبن أنه خير اقتصادي معاً. وفي الحقيقة أظهر عدم التوقع، وكان بعيداً عن أن يكون نظرية إنصاف، في القانون الخاص كأداة لصراع الطبقات ولم يخدم، ولا ريب، المصلحة العامة كثيراً... «والقول المأثور انه يحفظنا من إنصاف المجالس النيابية» صحيح دائماً. ونتيح لنا الخبرة اليوم أن نضيف: ... ومن إنصاف المشترع» (J. AUVERNY-BENNETOT)، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 152، وصفحة 153. وبالمعنى عيه، وإنما أقل جذرية، DE GAUDIN DE LAGRANGE، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 50، صفحة 202.

(4) انظر أيضاً F. FLOUR et J. LAUBERT في المواد 19-411 إلى 23-411 من القانون الريفي.

(5) نصوص استعبدت بتوسع في المواد 19-411 إلى 23-411 من القانون الريفي.

وهكذا يتبع حصول أحداث غير متوقعة، ولو كانت ممكنة، عندما يقود إلى اختلال التوازن في التقديمات المتبادلة بأهمية معينة، للمتأجر الحصول على إعادة النظر في العقد.

ويفسر هذا النص الخاص بالطابع الريفي بشكل أساسي للمجتمع الفرنسي في القرن التاسع عشر، وبواقع أن الزراعة في ذلك العصر كانت ما تزال أقل تسليحاً من اليوم ضد المخاطر المناخية⁽¹⁾. وكذلك باعتبار أن الإنصاف والمعادلة في أمكنة المتأجرين.

271 - بعض نصوص مدونة القانون المدني ربطت أحياناً، عن خطأ كما يبدو، بنظرية عدم التوقع.

تنص المادة 1889 من المدونة، المتعلقة بعارية الاستعمال، على ما يلي: «على أنه إذا حدثت، خلال هذه المهلة أو قبل أن تنتهي حاجة المستعير إلى الشيء، حاجة للمعير ملحة أو غير متوقعة للشيء، بإمكان القاضي، وفقاً للظروف، إيجاب المستعير على رده إليه». وهذا الحل، المأخوذ عن Pothier، يفسر بطبيعة عارية الاستعمال وهي عقد بغير عوض⁽²⁾. وهكذا يتيح تغير الظروف للمعير الحصول قبل الأجل على رد الشيء. بيد أنه لا يمكن، بمقدار ما تكون عارية الاستعمال مجانية بشكل أساسي (المادة 1876 من القانون المدني)، أن يكون ثمة اختلال اقتصادي حقيقي. ولذلك لا يمكن ربط المادة 1889 بعدم التوقع، على عكس الرأي الذي عبر عنه بعض المؤلفين⁽³⁾.

وقد جرى تقديم المادة 953 من القانون المدني المتعلقة بالرجوع عن الهبات بسبب نكوان الجميل كتطبيق لعدم التوقع⁽⁴⁾. بيد أن نكوان الجميل غير قابل لأن يكون له تأثير مالي. فهذا النص يسن بالأحرى عقوبة خاصة لمعاقبة مسلك يشجبه علم الأخلاق.

وبعض النصوص الأخرى يقيم وزناً للظروف ذات التأثير المالي. فالمادة 1633 من القانون المدني مثلاً تنص على ما يلي: «إذا كان الشيء المباع قد زاد ثمنه في فترة نزاع البعد بالاستقلال عن فعل مكتسب الملكية، يلزم البائع بأن يدفع له ما يساويه بأعلى من ثمن البيع». وهذا النص ليس تطبيقاً لنظرية عدم التوقع، إنه مرتبط بموجب الضمان الملقى على عاتق

(1) انظر R.SAVATIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، الإيجارات الريفية، 1977، رقم 792 - L.LORVELLEC، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، الإيجارات الريفية، رقم 684، وهو يكتفي بالنسك بالطابع البالي لهذا التنظيم.

(2) انظر G.BAUDRY-LACANTINIERE et A.WAHL، Traité théorique et pratique de droit civil، De la société، du prêt et du dépôt، الطبعة الثالثة، منشورات Sirey، 1907، رقم 658 وما يليه، صفحة 395 وما يليها.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، C.STOYANOVITCH، صفحة 28 - الأطروحة المذكورة سابقاً، BOMSEL، الذي يقدر مع ذلك أن هذا النص يتعد عن نظرية عدم التوقع لأن العقد مجاني (صفحة 263، 277).

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، J.MAGNAN DE BORNIER، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 61 - C.STOYANOVITCH، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 262، الذي يرى أن هذا النص يتعد عن نظرية عدم التوقع التي لا تتعلق إلا بالفرع بمعرض (صفحة 265 وصفحة 286).

البائع. ولأن تنفيذ العقد مشوب بالغبط تطرح مسألة التعويض على من تزعت يده⁽¹⁾. ومن الصحيح أن القانون المدني أقام وزناً لتغيرات الظروف.

الفقرة 3 - بعد مدونة القانون المدني

272 - إن رسم التطور اللاحق للمدونة يستدعي بيان وجهة نظر المشتري والاجتهاد المتعاقدين

I - للقوانين اللاحقة لمدونة القانون المدني

273 - بعض هذه القوانين مؤقت وبعضها الآخر دائم.

1 - للقوانين المؤقتة:

274 - جرى توزيع هذه القوانين بتأثير الحريين العالميتين.

كان «قانون Failliot» (21 كانون الثاني 1918)⁽²⁾، باسم باعته، يتعلق بالتقديرات المتأثرة أو الموجلة. ولم يكن بإمكان القاضي أن يعيد النظر في العقد، وإنما تعليقه أو فسخه فقط مع عطل وضرر أو بدونهما. وعلى المدعي أن يثبت: «أن تنفيذ الموجبات، بسبب الحرب... يؤدي إلى أعباء أو يسبب له أضراراً تتجاوز أهميتها إلى حد كبير التوقعات التي كان يمكن ارتقابها وبصواب في آونة عقد الاتفاقية» (المادة 2). وكان القانون ينص على إجراء توفيق مسبق وإلزامي (المادة 3). وكان ينبغي أن يتوقف تطبيق القانون بعد ثلاثة أشهر من توقف الأعمال الحربية، غير أن مقابله كانت قد امتدت حتى 31 تموز 1920.

وعُدل، إضافة إلى ذلك، بعض القوانين المؤقتة الإيجابية في سبيل تسوية منصفة للعلاقات بين الموجرين والمستأجرين.

وكان قانون 9 آذار 1918⁽³⁾ المتعلق بالتعديلات المدخلة على الإجراءات بيدل في حالة الحرب ينص في مادته التاسعة على ما يلي: «يمكن الحكم بفسخ الإيجار، مع تعويض

(1) انظر حول تفسير هذه المادة: G.L.PIERRE-FRANÇOIS, La notion de dette de valeur en droit civil, Basai d'une théorie, أطروحة في باريس، L.G.D.J.، 1975، مقدمة P.RAYNAUD، رقم 233، صفحة 199 وما يليها.

(2) TATRY, La loi de 21 Janvier 1918، أطروحة في باريس، 1920. استلم القانوني البلجيكي بتاريخ 11 تشرين الأول 1919 القانون الفرنسي. وكان مرققاً أيضاً ومجالاً أوسع، انظر حول هذا القانون C.M.POPESCU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 135 وما يليها. وقد دخلت نظرية عدم التوقع إيطاليا عن طريق توسيع مفهوم القوة القاهرة منذ عام 1915، في تشريع الحرب، انظر حول هذه المسألة C.M.POPESCU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 167 وما يليها.

(3) Dalloz الدوري (D.P.)، 1918، 4، 49.

أو بدون تعويض، بناء على طلب المتأجر الذي يتذرع بأن الحرب عدلت وضعه في ظروف جعلت من البديهي أنه لم يكن يتعاقد في هذا الوضع الجديد⁽¹⁾، وأعطت المادة 4 للمتأجر إمكانية طلب تخفيض جزئي أو كامل لبدلات الإيجار خلال فترة الأعمال الحربية.

كما كان قانون 6 تموز 1925⁽²⁾ يجيز إعادة النظر في بدلات الإيجار لمدة طويلة إذا كان البدل الوارد في العقد أدنى من ربع البدل المحكوم بأنه يمثل، في يوم الادعاء، القيمة الإيجارية المتصفة (المادة 1، الفقرة 3).

وأجاز قانون 8 نيسان 1933⁽³⁾ لصالح النساء تخفيض بدل إيجارات الأرض الزراعية المعقودة بين أول كانون الثاني 1924 و 11 تشرين الثاني 1932، كما أجاز قانون 12 تموز 1933⁽⁴⁾ إعادة النظر في بعض إيجارات استعمال العقارات التجارية أو الصناعي أو الحرفي المبرمة قبل أول تموز 1932.

وكان قانون 22 نيسان 1949⁽⁵⁾ يطبق، من جهة أولى، على العقود المبرمة قبل 2 أيلول 1939 التي تحوي إما تسليم سلع أو منتجات أو مواد غذائية، وإما تنفيذ أشغال، أو تقديمات متعاقبة أخرى أو مؤجلة وحسب. وكانت المادة 4 من القانون تلزم القاضي بالحكم بفسخ العقد إذا كان المدعي، في حال عدم وجود اتفاق حيي، قد أثبت أن تنفيذ موجباته، بسبب حالة الحرب وظروف اقتصادية جديدة، يؤدي إلى أعباء أو يسبب ضرراً يتجاوز إلى حد كبير أهمية التوقعات التي كان يمكن بصواب ارتقابها في الفترة التي جرى فيها إبرام الاتفاقية. وكان لعدم التوقع أيضاً وزنه بالنسبة إلى العقود المبرمة بين تاريخ إعلان الحرب وتاريخ تحرير الإقليم، ولم يكن القاضي ملزماً بالحكم بفسخها.

كانت هذه القوانين قوانين ظرفية كما يشهد على ذلك طابعها الموقت⁽⁶⁾. غير أنه تبين أنه من الصعب، عندما تحصل أحداث غير متوقعة واستثنائية إلى حد ما، أن يفرض على المدين تنفيذ العقد بدون تكيف.

(1) D.P.1925، 4، 249.

(2) H.DESBOIS، 129، 4، D.P.1933، تعليق.

(3) D.P.1933، 4، 193، تعليق، TRASBOT.

(4) انظر A.PEYTEL، La théorie de l'imprévision et les contrats commerciaux، مجلة نصر العدل، 1949، العدد، صفحة 57، J.L'ARGUIER - J.L'ARGUIER، مرسومة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الأولى، الأرقام 24 إلى 39.

(5) يمكن وصفها بغوانين اعفاء بالمعنى الذي براه العميد Roubier: قوانين «تعدلها» تعليق قانون سابق فقط خلال وقت معين (المادة 1134 من القانون في هذه الحالة) بدون بالساس بقيمة هذا القانون الملزمة الذي يعود إلى التطبيق منذ نهاية الإعفاء (نظرية عامة للقانون، تاريخ المفاهيم القانونية ونسفة القيم الاجتماعية، الطبعة الثانية، منشورات Sirey، 1951، رقم 4، صفحة 28).

ب - القوانين الدائمة:

275 - جرى إصدار قوانين عديدة في مجالات متنوعة لمعالجة المفاعيل الملازمة لتغيرات الظروف لكي يقام، خلال تنفيذ العقد، توازن بين التقديمات المتبادلة⁽¹⁾. وهي غير مرتبطة جميعاً مع ذلك مباشرة بنظرية عدم التوقع.

276 - لا تربط القوانين الدائمة بنظرية عدم التوقع إلا بصورة غير مباشرة.

كان قانون 20 آب 1936، الذي عدل المادة 1244 من القانون المدني المتعلقة بالمهلة الإضافية التي يمكن إعطاؤها للمدين والتي رفعها إلى ستين قانون 11 تشرين الأول 1985، قد أدخل فكرة عدم التوقع⁽²⁾: «على أن بإمكان القضاة، أخذاً في الاعتبار وضع المدين والوضع الاقتصادي، أن يمنحوا مهلاً للدفع...». يجب بالتالي الأخذ في الحسبان ظروف اليوم الذي يحكم فيه القاضي. إلا أن المهلة الإضافية تعلق فقط تنفيذ الموجب بدون تعديل مقداره. ويمكن بالتالي الشك في أن هذا النص كان موضوعه فعلاً إقامة توازن كان قد اخل. إنه، بشكل أبسط، حظوة معطاة للمدينين الذين يواجهون صعوبة في الدفع. يضاف إلى ذلك أن إصلاح 9 تموز 1991 ألغى الإسناد إلى «الوضع الاقتصادي». وتنص المادة 1244 - 1 الجديدة على ما يلي: «مع الأخذ في الحسبان وضع المدين وبالنظر إلى حاجات الدائن، بإمكان القاضي، في حدود ستين، تأجيل دفع المبالغ المستحقة أو جعلها متدرجة». إن تدخل القاضي يبلل التوازن العقدي وتوقعات الفريقين. إنه اعتداء على القوة الملزمة للعقد⁽³⁾. فالقاضي ليس حيادياً. إنه يكيف تنفيذ العقد مع وضع المدين بإقامة وزن للظروف الاقتصادية.

وتنص قانون 17 أيار 1960 الذي عدل أربع مواد من القانون المدني⁽⁴⁾ على أن التعويضات المتوجبة عقب اكتساب ملكية معينة أو رد أموال تشكل موضوع حقوق عينية غير منقولة أو منقولة يجب أن تقوم في التاريخ الذي دفعت فيه فعلياً. وقانون 13 تموز 1965 الذي عدل المادة 1469 من القانون المدني والذي عدله أيضاً قانون 23 كانون الأول 1985، أدخل القيمة اللاإسمية في حساب المكافآت عند تصفية الأموال المشتركة.

وهذان النصان الأخيران يستبعدان فقط مبدأ ذاتية الوحدة النقدية ولا يتعلقان بنظرية عدم التوقع إلا بصورة غير مباشرة.

(1) انظر في ما يتعلق بتعديل العقد تجاه قواعد تنازع القوانين في الزمان، تكوين العقد، رقم 171 وما يلي.

(2) انظر بهذا المعنى J. FLOUR et J. L. AUBERT المذكورين سابقاً رقم 410، وعلى نقبيش ذلك WEILL et TERRÉ المرجحات، الطعة الرابعة، رقم 383.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 177.

(4) المراد 548 و549 و554 و555 و556، و570 إلى 572 و574 و576 و587 و610 و658 و660 و661.

277 - تربط القوانين الدائمة مباشرة بنظرية عدم التوقع .

يرتبط بعض الأحكام التشريعية بشكل مباشر أكثر بنظرية عدم التوقع .

فقانون 13 تموز 1930 (المادة 17 والمادة 20) المتعلق بعقد التأمين الذي أصبح مقبلاً، ينص على تعديل عقد التأمين في حالة تفاقم المخاطر المؤمنة أو نقصانها .

والمادة 37 من قانون 11 آذار 1957 حول الملكية الأدبية والفنية، الذي أصبح المادة 131 - 5 من قانون الملكية الفكرية، ينص على أن «المؤلف في حالة انقطاع حق الاستثمار، عندما يصيبه ضرر أكثر من سبعة من اثني عشر سببه غير كافٍ لإنتاج العمل، بإمكانه طلب إعادة النظر في شروط ثمن العقد». وهكذا يقام وزن لاختلال التوازن اللاحق للعقد⁽¹⁾.

وقانون 3 تموز 1971 أدخل في القانون المدني المادة 833 - 1 وهذا نصها: «عندما يحصل المدين بفرق الأنصبة على مهل دفع، وتزيد، عقب ظروف اقتصادية، قيمة الأموال المدخلة في نصيبه أو تنقص بأكثر من الربع منذ القسمة تزداد المبالغ التي تبقى مستحقة أو تنقص بالنسبة عينها». ويهدف هذا النص، وهو ليس من الانتظام العام (المادة 833 - 1، الفقرة 2)، إلى الحفاظ على التوازن في القسمة .

وقانون 11 تموز 1975 المتضمن إصلاح الطلاق، بعد أن نص صراحة على أن «التقديم التعويضي له طابع جزائي» ولا يمكن إعادة النظر فيه حتى في حالة تغير غير متوقع في موارد الزوجين أو حاجتهما، مما يفرقه عن التقديرات الغذائية» وأضاف «إلا أن تكون لغياب إعادة النظر بالنسبة إلى أحد الزوجين نتائج ذات خطورة استثنائية»، مما يجيز نوهاً من إعادة النظر لعدم التوقع (المادة 273 من القانون المدني)⁽²⁾.

وقد رفض الاجتهاد الحديث امتداد هذه الإمكانية إلى التعويض الوارد في المادة 280 - 1 من القانون المدني . ويمقتضى هذا النص «إن الزوج الذي جرى الحكم بالطلاق بسبب أخطائه وحدها ليس له الحق في أي تقديم تعويض . على أن بإمكانه الحصول على تعويض بصفة استثنائية إذا ظهر، أخذاً في الحبان مدة الحياة المشتركة والتعاون المقدم لمهمة الزوج الآخر، بصورة جلية، إن رفض إعطائه تعويضاً نقدياً عقب الطلاق مخالف للإلتصاف». والتعويض الوارد في المادة 280 - 1، الفقرة 2، ليس تقديماً تعويضياً، (إنه ليس سوى «تعويض معطى للإلتصاف من قبل القاضي». وهو ليس إذًا قابلاً لإعادة النظر فيه)⁽³⁾.

(1) انظر تكوين العقد، الرقم 777.

(2) ينتقل حق طلب إعادة النظر في التقديرات إلى يرة الزوج المدين بالدفع ذلك بأن الرقعة لا تؤدي إلى مغرط الدين، الفقرة المدنية الثانية في محكمة النقض، 24 أيار 1991، النشرة المدنية، II، رقم 157، صفحة 84.

(3) 26 نيسان 1990، النشرة المدنية، II، رقم 75، صفحة 40، فهرس Defrénois، 1990، البند 34826، رقم 84، ملاحظة J.MASSIP.

وأجاز قانون 4 تموز 1984 التكيف مع ظروف الأعباء التي تثقل بعض التبرعات. فقد ألغى بصورة خاصة أحكام قانون أملاك الدولة (المواد L.13 و L.16 و L.17 و L.20) التي كانت تنظم تخفيض بعض الأعباء التي تثقل التبرعات للدولة وأقام نظاماً وحيداً لإعادة النظر، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالدولة والمؤسسات العامة والمؤسسات الاستشفائية. وبحسب المادة 900 - 2 من القانون المدني: «يستطيع كل متبرع له أن يطلب إعادة النظر أمام القضاء في الشروط والأعباء التي تثقل الهيئات والإيصاءات التي تلقاها عندما يغدو التنفيذ، عقب تغير الظروف، بالنسبة إليه صعباً للغاية أو مضرراً بشكل جدي»، ويملك القاضي العدلي سلطات واسعة في هذا الصدد، حتى أن في وسعه، تلقائياً، تخفيض القديمت التي تثقل التبرع، وتغيير موضوعها أو تجميع التبرعات مع تبرعات أخرى مصدرها تبرعات متميزة، وهكذا يبدو أن وسواس الإنصاف لمجالس النظام القديم النائية قد اختفى.

وتفيم المدة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985 المتعلق بالتقويم والتنصيف القضائية للمؤسسات وزناً لتغير الظروف في حالة الإجابة الإدارية المتضمنة تعهد المستأجر باكتساب ملكية المال. وبمقتضى هذا النص «يمكن المستأجر المدين، عندما يزعم أنه ليس في وسعه اكتساب الملكية بالشروط المنصوص عليها سابقاً لئلا لا ينسب إليه، أن يطلب إلى المحكمة، قبل انقضاء عقد الإجابة وبعد أخذ رأي مفوض تنقيذ البرنامج، تعديل هذه الشروط». ويتعلق الأمر هنا بتطبيق نظرية عدم التوقع التي تعطي المحكمة سلطة واسعة في التقدير. وهي قاضي ملائمة التعديل.

وهكذا يتدخل المشرع، بدون تكريس نظرية عدم التوقع بنص عام، في أغلب الأحيان من أجل تكيف العقد مع الظروف، هذا هو اتجاه التطور الحالي الذي يقود إلى التساؤل حول أساس التوقع وحول ملائمة نص تشريعي ذي مدى عام⁽¹⁾.

II - الاجتهاد

278 - اتخذ الاجتهاد المدني والاجتهاد الإداري موقفين متناقضين.

أ - الاجتهاد المدني:

279 - تطبق محكمة النقض المبدأ الذي بمقتضاه ليس عدم التوقع سبباً لإعادة النظر في العقد أو لفسخه.

بعد أن أخذت محكمة النقض بنظرية عدم التوقع في بداية القرن التاسع عشر⁽²⁾,

(1) انظر الرقم 316 اللاحق وما يليه.

(2) خرقه المراض، 20 آب 1838، S.38، 1، 1973، D.P.38، I، 380. انظر بالنسبة إلى تحليل ناقد لهذا الحكم A.BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 135 وما يليها.

استبعدتها في عام 1856⁽¹⁾، وطرحت في 6 آذار 1876⁽²⁾ المبدأ الذي بموجبه: «لا يعود إلى المحاكم، في أي حالة كانت، مهما بدا لها قرارها منصفاً، أن تقيم وزناً للزمن والظروف لتعديل اتفاقية الفريقين واستبدال شروط جديدة بالشروط القديمة التي قبلها المتعاقدان بحرية».

وحافظت محكمة النقض على مذهبها خلال⁽³⁾ الحرب العالمية الأولى وبمعلها بلون مراعاة الاضطرابات الاقتصادية والمالية الضخمة التي ولدها النزاع⁽⁴⁾، وفي 6 حزيران 1921⁽⁵⁾ أدانت الغرفة المدنية مجدداً بالشكل الأكثر وضوحاً في مجال إيجارات الماشية⁽⁶⁾ نظرية عدم التوقع.

- (1) النقض المدني، 9 كانون الثاني 1856 (سيرة أحكام)، D.P.56، 1، 33، تقرير NICIAS-GAILLARD، يوميات الكتابة المدل، 1856، البند 15720، صفحة 93. فقد حكمت محكمة النقض بأن الزيادة غير المتوقعة لعدد أفراد الأسرة العسكرية لم يكن يشكل حدث ثرة قاهرة طالما أنها لم تجعل تنفيذ عقد التأمين ضد مخاطر التجنيد العسكري مستحيلاً. وينبغي إعلان العقد قائماً وهو ينتج مفاعيله، رخصاً عن تغير الظروف (انظر بالنسبة إلى أحكام محاكم الاستئناف، يوميات الكتابة المدل، 1854، البند 15221، صفحة 301 - النقض المدني، 11 آذار 1856، D.56، 1، 100 - 2 نيسان 1856، D.P.56، 1، 101 - 7 آذار 1859، D.P.59، 1، 118. بالإضافة إلى النقض المدني في 24 آذار 1874 (القضية الثانية)، S.74، 1، 428.
- (2) D.P.76، 1، 193، تعليق A.GIBOULOT، S.76، 1، 161؛ أحكام الاجتهاد المدني الكبير، مرسوعة Dalloz، الطبعة الثامنة، 1984، رقم 100، صفحة 348.
- (3) النقض المدني، 4 آب 1916، D.P.1916، 1، 22، S.1916، 1، 17، تعليق A.WAHL.
- (4) انظر J.E.GUEULLETTE، Des effets juridiques de la guerre sur les contrats، أطروحة في باريس، 1918. انتقد بعض التباين بشدة مذهب محكمة النقض. ومنذ 28 تموز 1916 قدم السيد Hesse إلى مجلس النواب هذه الملاحظات: «لم يشأ القضاء المدني السزبن بشبه الأحمر» أن يرى شيئاً من هذه الهزات المالية والتجارية؛ ويبدو، وهو لأجىء في صرامة القانون، أنه يجهل الاضطرابات والنتائج التي أدت إليها الحرب الحالية، ولم يفرق روحية أحكامه تماشياً مع الظاهرات الاقتصادية التي نشاهدنا. كانت رؤياه مثبتة بمناد على مدونة قوانين لم يكن بالطبع بإمكان واضعها توقع الحرب الحالية، فانهي بنصوص تنفيضي قطعها الأثري من وميض أحداث نعيشها في هذه الآونة، أو اتبع اجتهاد حوب عام 1870 بدون تحليل الفارق المعدل الذي واقع الحرب الحالية التي حشدت أمة بأسرها. وبقي وهو الأمين بكلمة واحدة، على حرقية النص أكثر من روحه. أهم تجاه النداء الذي وجهته إليه التجارة المستغنية. وآسف لذلك لأنه كان عليه سماع هذه الاستفاضة: كانت الدولة تعرض له سهولة ساعها والأحداث تجعل منها واجباً بالنسبة إليه. والاجتهاد الإداري، الأكثر إلهاماً، أعطى حول هذه النقطة أمثلة ملائمة. ولم يكن بإمكان أي شيء أن يجعله يغير مذهب المتصلب والضييق». هذا ما استشهد به A.LOUVEAU في أطروحته، صفحة 124، الملاحظة 1.
- (5) D.P.1921، 73، تعليق X، تقرير A.COLIN؛ يوميات الكتابة المدل، 1921، البند 32894، صفحة 412؛ H.CAPITAT، Les grands arrêts de la jurisprudence civil، الطبعة الثالثة، رقم 143، صفحة 396، 1921، 1، 193، تعليق HUQUENY. أضاف إلى ذلك في شأن رد نظرية عدم التوقع، غرفة العرائض، 31 تموز 1934 Dalloz (D.H.) الأسبوعي 1934، 490 - النقض المدني في 17 تشرين الثاني 1925، D.H.1926، 35، 1926، 1، 37 - 5 كانون الأول 1927، D.H.1928، 84، 1928، 1، 138. وحول مبدأ رد عدم التوقع، النقض المدني في 10 آذار 1919؛ 1920، 1، 105، تعليق E.NAQUET.
- (6) عدل قانون 9 حزيران 1941 المادة 1826 من القانون المدني لكي يفرض على المستأجر رد الثروة الحيوانية التي تلقاها. والصيغة الجديدة للنص استجبت كذلك لمطالب انخفاض قيمة النقد، والنص من النظام العام.

وهذا المذهب تأكد مجدداً بحكمين صادرين عن الغرفة التجارية في 3 كانون الثاني 1979⁽¹⁾ و 18 كانون الأول 1979⁽²⁾.

وبهذا الحكم الأخير نقضت محكمة النقض، بعد أن ذكرت بأن القضاة، تطبيقاً للمادة 1134 من القانون المدني، بإمكانهم، «بذريعة الإنصاف أو لأي سبب تسويغ آخر، تعديل الاتفاقيات المكونة قانوناً بيد الفريقين»، حكماً لمحكمة استئناف باريس الذي، بسبب تسويغ صريح بأن التفرقة «يجب» بسبب الظروف الاقتصادية الجديدة، أن تحدد «بشمن عادل» أعطت زيادة لوديع مأجور رغمًا عن سكوت الاتفاقية في هذا الصدد.

وهكذا ردت محكمة النقض، التي رفضت، على الأقل مباشرة⁽³⁾، أي تكيف للعقد، نظرية عدم التوقع وطُبقت بصلابة مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽⁴⁾.

ويظهر تعلق محكمة النقض بحرفية المادة 1134 من القانون المدني في حكم 31 أيار 1988⁽⁵⁾. كانت شركة APPM في هذه القضية قد قدّمت طلباً قطع قماش إلى شركة Aplix بشمن «القيمة في شهر كانون الثاني 1982» تسلم ابتداء من شهر كانون الثاني 1983، وكان المورد قد فوتر تسليماته مع تحيين الثمن. فرفض الزبون هذا التحيين. وقد كسب المورد القضية بحجة أن بيان الثمن «بقيمة كانون الثاني 1982» الذي يجب تسليمه في الأشهر التالية كان يستدعي بالضرورة تغير الأسعار في يوم التسليم، إلا أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم إذ قررت: «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أن العقد لم يكن يحوي أي بند إعادة نظر في الثمن وبدون تحديد الاستعمال الذي يؤول تطبيق بند كهذا بالنسبة إلى الشروط التي كان يمكن أن يتوخى الفريقان تبنيها صراحة، لم تعط حكمها الأساس القانوني: لا يمكن إذاً إعادة النظر في العقود عند تنفيذها في حال عدم وجود إرادة

(1) مجلة قصر العدل، 1979، 1، بانوراما، صفحة 214.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 339، صفحة 266 مجلة قصر العدل، 1980، 1، بانوراما، صفحة 232؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 710، ملاحظة G.CORNU. قارن بحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 16 تشرين الأول 1985، النشرة المدنية، I، رقم 268، صفحة 231. لا يستطع التأهي، في مادة عقد التعويض، أن يعدل مقدار الموجب بحجة أنه غير متوافق بالضغط مع مبلغ الضرر الحاصل فعلياً.

(3) انظر حول التغيرات غير الجارئة لتعديل العقد من قبل القاضي، تكوين العقد، رقم 1178، وتلاشي العقد.

(4) يبدو أن «الاجتهاد التحكيمي» يرد أيضاً إعادة النظر لعدم التوقع في غياب بند تكيف، مستبعداً هكذا نظرية بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة الضمني أو المفترض. انظر A.KASSIS, Théorie générale des usages comparés, L.G.D.J. du commerce, droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria, L.G.D.J. 1984، رقم 571 وما يليه، صفحة 363 وما يليها. على أن السيدين Aynès و Malaurio يترجمون بأن القرارات التحكيمية الحديثة أخذت ببند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة في Les Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 816، صفحة 335.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 189، صفحة 132؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 71، ملاحظة J.MESTRE.

معاكسة عبر عنها الفريقان صراحة أو استعمال بهذا المعنى.

وقد جرى تقديم حكم صدر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 3 تشرين الثاني 1992⁽¹⁾ بأنه يفسح في المجال لثغرة في صرامة مذهب المحكمة العليا.

كانت شركة BP قد أبرمت مع السيد Huard عقد توزيع معتمد لمدة خمس عشرة سنة تجدد حتى عام 1988. وفي عام 1983 كان سعر المنتجات النفطية قد تحرر. فاشتكى السيد Huard بأن شريكه في التعاقد رغباً عن تعهده بإدماجه في شبكته لم يوفر له الوسائل لممارسة الأسعار التنافسية. فقاضاه عند ذلك للرفع العطل والضرر. فحكمت محكمة استئناف باريس بإعطائه 150 ألف فرنك كمطل وضرر. فتقدمت شركة BP بطعن للنقض جرى رده بحجة «أن السيد Huard الذي بين أن العقد كان يتضمن بند تموين حصري كان قد قام بأشغال تأهيل مركز خدمة، وأن ثمن البيع الذي تطبقه شركة BP على موزعيها المعتمدين كان، بالنسبة إلى البنزين الممتاز والعادي، أعلى من ثمن المنتجات التي كانت تبيعها للمستهلك النهائي عن طريق وكلائها»؛ وقد أخذ الحكم بأن شركة BP التي كانت قد تعهدت بالاحتفاظ بالسيد Huard في شبكتها ولم يكن هذا الأخير مجبراً على المدول عن نظامه، كموزع معتمد، الناتج عن العقد الجاري تنفيذه ليصبح وكلاً كما اقترحت عليه الشركة، لم يكن بإمكانها التمسك بأنها لم يكن في وسعها، في إطار عقد الموزع المعتمد، تموين السيد Huard بثمن أدنى من تعرفه «ضخاخي العلامة» بدون انتهاك التنظيم، طالما أنه كان يعود إليه وضع اتفاق تعاون تجاري يدخل «في إطار استثناءات تخطيط التنظيم أو الاختراق الذي يحمي بائناً بالمفروق التي كانت مقبولة دائماً»، وأن محكمة الاستئناف، في حالة هذه التحقيقات والتقدير التي ينجم عنها غياب أي حالة قوة قاهرة، تمكنت من الحكم بأن شركة BP، بحرمانها السيد Huard من وسائل ممارسة أسعار تنافسية، لم تتعدّ العقد بحسن نية.

إن تعليل هذا الحكم دقيق التقدير على وجه خاص. ويبدو أن الغرفة التجارية قد فرضت، خارج حالة القوة القاهرة، موجب مفاوضة جديدة على عقد جارٍ تنفيذه عندما تكون الشروط الموضوعية سابقاً قد تعدلت. وهي تركز على حسن النية. إلا أن محكمة النقض، كما شدّد على ذلك السيد Mestre، لا تجيز للقاضي إعادة النظر في العقد. وهي تعاقب غياب إعادة نظر اتفاقية. فالحكم إذاً لا يندرج في الحقيقة في الفرضية النظرية لإعادة النظر؛ ومن الصحيح أن موضوع النزاع لم يكن على هذا النحو. يضاف إلى ذلك أنه من المفروض أن نستخلص أن محكمة النقض توخّت إنشاء موجب عام للتفاوض الجدي في شأن جميع العقود لمدة محددة الجاري تنفيذها. إن هذا الحل يتعلق فقط بالتوزيع وتوزيع المنتجات النفطية. إن عنصراً كهذا أكيد، ويتيح مفهوم حسن النية تسوية وجود بعض الموجبات العقدية لم يرتقيها الفريقان⁽²⁾.

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 338، صفحة 241، مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، 22164، تعليق G.VIRASSAMY؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 124، ملاحظة J.MESTRE.

(2) انظر رقم 38 السابق.

280 - صفة الحكم المطلق الصلاحية وإعادة النظر لعدم التوقع.

هل يستطيع القضاء التحكيمي عندما تكون مهمته النظر كحكم مطلق الصلاحية، تعديل العقد بتكليفه مع تغيرات الظروف⁽¹⁾؟ تطرح مسألة مشابهة عندما تكون مهمة القاضي الدولي، استناداً إلى المادة 12، الفقرة 4، من ميثاق الإجراءات المدني الجديدة (أصول المحاكمات)، النظر كحكم مطلق الصلاحية. ولم تحكم محكمة النقض بعد في هذه المسائل.

إلا أنه جرى بيان أن الحكم مزود دائماً بسلطة قضائية مما يحظر عليه دائماً أي سلطة إنشائية، بحيث أنه إذا كان بإمكانه البت بالنزاع بتلطيف التطبيق الضيق للعقد فإنه لا يستطيع أن يجعل محل الفريقتين بالنسبة إلى المستقبل بتلطيف العقد⁽²⁾. وبالأحرى ليس بإمكان القاضي الدولي أن يملك هذه السلطة ذلك بأن وظيفته، في المنازعات القضائية، هي قضائية بالطبع.

وقد انتقد السيد Kassis بشدة هذا التحليل. ففي عرف هذا المؤلف، الذي يتبنى حول هذه النقطة فرضية السيد Loquin⁽³⁾، من الخطأ الإدعاء أن إعادة النظر في العقد تقود إلى إنشاء عقد جديد أو تؤدي إلى فسخ رباط عقدي سابق⁽⁴⁾. وهكذا يمكن أن يكون تحديد بدل الإيجار من قبل شخص ثالث، في حالة تجديد الإيجار، تحكيمياً قضائياً كلما كان الفريقان مكرهين على البقاء مرتبطين بالإيجار بدون أن تكون لهما إمكانية الانسحاب في حالة الخلاف حول ذلك الإيجار⁽⁵⁾؛ ويمكن أن تكون إعادة النظر في العقد من قبل شخص ثالث بسبب تغير الظروف تحكيمياً قضائياً كلما كان الفريقان مكرهين على البقاء مرتبطين بهذا العقد بدون أن يكون بإمكانهما وضع نهاية له في حال الخلاف على نتيجة إعادة النظر⁽⁶⁾.

ويمكن في النهاية، حسب السيد Kassis، أن تكون ثمة إعادة نظر في العقد عندما يبقى الفريقان مقيدين برباط قانوني أصلي. وفي الحالة المعاكسة لا يمكن أن يكون هناك تحكيم بالمعنى القضائي⁽⁸⁾.

ويرفض المؤلف الفكرة التي بمقتضاها تكون إعادة النظر في العقد مقصورة على مفهوم

(1) انظر A.KASSIS, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, tome 1, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel L.G.D.J., 300، وما يليها. وقد حدد حكم حديث بتاريخ 13 أيار 1991 (النشرة المدنية، II، رقم 146، صفحة 78) أن صفة الحكم المطلق الصلاحية لا تقتضي افتراضاً.

(2) P.LEVEL, L'amiable composition dans le décret du 14 Mai 1980 relatif à l'arbitrage التحكيم، 1980، رقم 10، صفحة 658، ورقم 19، صفحة 682. انظر بالنسبة إلى عرض الخلاف - A.KASSIS، المرجع عنه، رقم 415 وما يليه، صفحة 306 وما يليها.

(3) L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude des non-droit dans l'arbitrage commercial، أطروحة في ديجون، 1978، المجلة التقنية، باريس 1980، رقم 512، صفحة 297.

(4) المرجع عنه، رقم 420 وما يليه، صفحة 310 وما يليها.

(5) المرجع عنه، رقم 422، صفحة 312.

(6) المرجع عنه، رقم 425، صفحة 314.

النزاع. فالفرقان يراجعان القاضي الدولي أو المحكم للوصول بال ضبط إلى اتفاق، على اعتبار أن النزاع هو: «أي خلاف أو غياب اتفاق على نقطة تتعلق بالحقوق والواجبات التي ينشئها العقد»⁽¹⁾.

ويحض السيد Kassis أخيراً البرهنة على أن تكيف العقد مع الظروف الاقتصادية الجديدة يتجاوز الوظيفة القضائية التي تكفي بمعاينة الحقوق الساقطة. ويمل رد نظرية عدم التوقع حصراً بقواعد «قانون الأساس»⁽²⁾. والدليل على ذلك أن قوانين أخرى تتبنى نظرية عدم التوقع «بدون الشعور بالانبهار بالوظيفة القضائية للقاضي وحدها»⁽³⁾.

يؤكد المؤلف إذاً أن التحكيم المطلق الصلاحية يتيح للمحكم إعادة النظر في العقد، حتى في غياب بند صريح بهذا المعنى، ولو كان القانون الوضعي المعني لا يتيح للقاضي الإقدام على ذلك بدون بند كهذا، ذلك بأن بند التحكيم المطلق الصلاحية يعادل بنداً ضمنياً لإعادة النظر، بمقدار ما يعطي المحكم سلطة المحكم على أساس اعتبارات إنصاف أو ملاءمة⁽⁴⁾. والسلطة المعترف بها هكذا للمحكم أو للقاضي الدولي ليست مع ذلك بدون حدود. فإذا كان بإمكانهما تكيف العقد فليس باستطاعتهما خلق عقد جديد⁽⁵⁾.

إن هذه النظرية لا تحمل على الإلتزام. فمن المعروف من جهة أولى أن المادة 1134 من مدونة القانون المدني، في القانون الفرنسي، ليست قاعدة أساسية وحسب وإنما هي أيضاً قاعدة صلاحية⁽⁶⁾. ويقول أن التحكيم المطلق الصلاحية، من جهة ثانية، يجيز للقاضي أو للمحكم بالضرورة إعادة النظر في العقد يعني الاعتراف لهما بسلطة استبدلها بالمتعاقدين. إن المؤلف يفترض، بالإدعاء أن بند التحكيم المطلق الصلاحية يحوي ضمناً بند إعادة نظر، إرادة الفريقين، مع أن السكوت ليس مشاركة على الإطلاق. ومن المفرد في الواقع تأكيد أن التحكيم المطلق الصلاحية هو سلطة إعادة نظر⁽⁷⁾. ويمكن بالأحرى التقدير أنه، عندما ينيط الفرقان استناداً إلى بند صريح بالمحكم أو القاضي الدولي سلطة تكيف، يكون التحكيم

(1) المرجع عنه رقم 429، صفحة 318. انظر بالمعنى عنه ملاحظات Ph.FOUCHARD في L'adaptation

des contrats à la conjoncture économique، مجلة التحكيم، 1979، صفحة 74.

(2) المرجع عنه رقم 430، صفحة 319.

(3) المرجع عنه، رقم 431، صفحة 320.

(4) المرجع عنه رقم 434، صفحة 322. انظر أيضاً لصالح إذن ضمنى بتكليف العقد، E.MEZGER، L'arbitrage commercial et l'ordre public، السلسلة القصصية للقانون التجاري، 1948، صفحة 618. وفي عرف المؤلف «التحكيم المطلق الصلاحية هو بالفعل أداة مثالية لنظرية عدم التوقع».

(5) المرجع عنه، رقم 435، وما يليه، صفحة 322 وما يليها.

(6) انظر الرقم 269 السابق.

(7) على نقض ذلك: E.LOQUIN المذكور سابقاً والذي يرد فكرة أنه من الواجب أن يكون بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة مفترضاً وبإعطاء ديانة يتطلب إنشاء صريحاً للإرادة وأن بند التحكيم المطلق الصلاحية يحلل إرادة كهذه «لاطروحة المذكورة سابقاً»، رقم 474، صفحة 279. وهذا الرأي يعادل السلطة المعترف بها للمحكم المطلق الصلاحية في اعتماد تطبيق قاعدة قانونية لبنت بالنزاع باسم الإنصاف بإمكانية إعادة النظر في العقد للمستغل. ولذلك لا يمكن الإخط بها. فالأولى لا تستوجب الأخرى بالضرورة.

المطلق الضلاحية بالنسبة إليهما وسيلة للحفاظ على اتفاقيتهما الأولى⁽¹⁾.

281 - غير أن محكمة النقض تأخذ بأن المؤجر يتحرر من موجه في الإصلاح عندما لا يكون من الممكن حفظ الشيء المؤجر بدون نفقة المبالغ فيها.

مائل الاجتهاد خسارة الشيء يحدث فجائي يحرم المؤجر من موجه في الصيانة والإصلاح (المواد 1720 إلى 1722 من القانون المدني) بالطابع المبالغ فيه للنفقات الواجب الالتزام بها، ولا سيما تجاه المداخيل الحاصلة من العقار⁽²⁾.

وقد حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في 6 نيسان 1951⁽³⁾، «بأن أحكام المادتين 1719 و1720 من القانون المدني، كما أحكام المادة 1722، لا تجبر المؤجر على إعادة بناء الشيء المؤجر في حالة الخسارة الجزئية أو التامة، وأن ثمة خسارة جزئية ما أن يكون جزء من الشيء المؤجر لم يعد من الممكن حفظه بدون نفقة مبالغ فيها، ويتعد هكذا غير صالح للاستعمال الذي كان معداً له». وقد مدت محكمة النقض هذا الاجتهاد إلى الإيجارات التجارية⁽⁴⁾ وإيجارات الاستعمال للسكن⁽⁵⁾، وأضافت وزناً لاختلال الفوازن الاقتصادي الموجود بين بدلات الإيجار المستوفاة والنفقات الضرورية⁽⁶⁾.

(1) انظر بهذا المعنى P.LEVEL، المرجع عيه.

(2) انظر A.TUNC، Immeuble de rapport ou immeuble à charge locative، مصنف الاجتهادات النورية، 1953، I، 1069 - entretien de leur entretien - Le problème de leur entretien، P.ESMEIN، La grande misère des maisons louées et le problème de leur entretien، مجلة قصر العدل، 1952، I، القف، صفحة 34. إضافة إلى: J.-P.DELMAS-SAINT-HILAIRE، L'adaptation du contrat aussi aux circonstances économiques، in La tendance à la stabilité du rapport contractuel، Etudes de droit privé، P.DURAND مع مقدمة له، باريس L.G.D.J، 1950، رقم 20، صفحة 204.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 249، صفحة 178؛ D.1951، صفحة 605، تعليق R.SAVATIER. وبالمعنى عيه حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1951، D.1952، صفحة 144 - 13 شباط 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 230، صفحة 167، مجلة نصر العدل، 1958، I، 300 - 5 تشرين الأول 1960، النشرة المدنية، IV، رقم 612، صفحة 625.

(4) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 16 أيار 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 574، صفحة 427؛ مجلة نصر العدل، 1958، 2، 24.

(5) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 13 شباط 1958 المذكور سابقاً - النقض المدني في 8 شباط 1962، النشرة المدنية، I، رقم 84، صفحة 75، إعادة البناء بلغت 545000 فرنك (قديم) وكان بدل الإيجار السنوي 70000 فرنك (قديم).

(6) J.HAMEL، F.GIVORD et A.TUNC، L.G.D.J، 1956، رقم 638، صفحة 928 وصفحة 929 - إضافة إلى: J.VOIREL، l'influence de la dépréciation monétaire dans les contrats de droit privé، in: P.DURAND، L.G.D.J، 1961، مقدمة J.CARBONNIER، صفحة 94. يلاحظ المؤلف أن ثمن البناء من عام 1914 إلى عام 1949، وبالتالي كلفة الإصلاح كانت مغشوبة بـ 137، في حين أن بدلات الإيجار، بغفل التجميد، لم تزد إلا بنسبة 18.

وكان هذا الحل مرتبطاً أحياناً بمفهوم السبب من قبل المحاكم⁽¹⁾ وبعض المؤلفين⁽²⁾. ويرد السيد Tunc على ذلك بأن الاختلال التوازن بين التقديرات، أباً كانت أهميته، لا يجعل على الإطلاق اعتبار الموجب مجرداً من السبب عندما ينتج في عقد متعاقب ويعود لتعديلات الشروط الاقتصادية، وهذه هي الحالة في القضية الراهنة⁽³⁾. وبالفعل يقدر سبب العقد، على وجه العموم، في يوم إبرام العقد وليس عند تنفيذه⁽⁴⁾.

وفي الحقيقة ليس ثمة استحالة مطلقة بالنسبة إلى الموجر في إصلاح العقار، حتى ولو تعلق الأمر بإعادة بناء كاملة أو جزئية أكثر من وجود خسارة بفعل حدث فجائي. هناك فقط نقطة غير متكافئة، ذلك بأن بدل الإيجار الذي يستوفيه المالك عموماً غالباً ما تمتصه نفقات الصيانة الجارية. وحصول أحداث لاحقة لإبرام العقد، وإن كانت متوقعة على وجه العموم (القديم)، يقام له وزن عندما يجعل موجب الموجر مكلفاً جداً. فيتحرر هذا الموجر إنفاً من موجب في الإصلاح. وأخيراً أدخلت محكمة النقض، بقضاء تفسير مفهوم خسارة الشيء بحدث فجائي، عدم التوقع في الإيجار.

282 - ثقل محكمة النقض إعادة النظر في العقد إذا كان الموجب بفعل السلطان مجرداً من السبب والموضوع.

يمكن تعديل التوازن العقدي بتبني نصوص تشريعية أو تنظيمية. وعندما لا يمكن تنفيذ الاتفاقية بفعل خسارة عنصر جوهري لصحتها تغدو عديمة المفعول⁽⁵⁾. ولكن عندما يبقى تنفيذها ممكناً جزئياً، هل من الواجب اعتبار العقد عديم المفعول أو مفسخاً أم ينبغي أن ينتج قسماً من مفاعيله؟ وهل لهذا الظرف الجديد تأثير في تنفيذ العقد؟

إن الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض حكمت، في 17 حزيران 1981⁽⁶⁾، بأن العقد يجب أن يتكيف مع الظروف الجديدة.

كان قد أبرم عقد في أول كانون الثاني 1962 بين التجمع البيهني للحبشة بالنسبة إلى الأجراء (GIPS) والسيد Chauffeté ينص على أن هذا الأخير يتمتع، مقابل مكافأة متناسبة مع الاكتسابات المستوفاة، بتنظيم النظام الإضافي لتقاعد الأجراء الذي يعود إلى الاتحاد الوطني للصناعة الفندقية، وكانت مهمته تتركز على إقامة منارية إقليمية لخدمة التقاعد

(1) انظر على سبيل المثال استئناف حكم محكمة Douai، 2 تموز 1951، مصنف الاجتهادات الدوري، 1951، II، 16457، D. 1952، 128، تعليق SAVATIER، مجلة قصر العدل، 1951، 2، 229: سبب موجبات الموجر دفع بدل الإيجار الذي ينتج على الأقل تأمين صيانة هذا العقار بشكل سوي.

(2) ESMEIN، تعليق في مصنف الاجتهادات الدوري، 1950، II، 5518 - TERRÉ، SIMLER، obligations، LEQUETTE، رقم 442.

(3) المقالة المذكورة آنفاً، رقم 3.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 878.

(5) انظر تلاشي العقد.

(6) النشرة المدنية، V، رقم 568. صفحة 426.

الإضافي للاتحاد وعلى حصول اتضام، اختياري في ذلك الوقت، للأجراء المعنيين. ولاحقاً لإبرام العقد أصبح الانساب إلى نظام التقاعد الإضافي إلزامياً. فتوقف الاتحاد، متلبراً بهذا التبرير التشريعي، اعتباراً من 31 آذار 1970، عن دفع المكافأة المتفق عليها.

ورأى قضاة الأساس أن العقد يجب أن يستمر في جميع أحكامه. فقد تمسكت محكمة استئناف باريس: «بأنه من غير المهم أن تكون قرارات الموافقة قد انقطعت عن النص على تدخل السيد Chauffet»، وأن طابع الانضمام إلى النظام الإضافي الذي أصبح إلزامياً لا يؤدي حكماً إلى تعطيله التام أخذاً في الحسبان مجمل مهامه الحالية والسابقة، وأن قرارات الموافقة، في أي حال، وفي غياب أي نص آمر، لم تضع نهاية بقوة القانون للاتفاق».

وجرى نقض هذا الحكم بحجة: «إنه لم يكن من المنازع فيه أن الانضمام إلى نظام إضافي للتقاعد أصبح إلزامياً، واتفاقية عام 1962 أصبحت بدون موضوع في قسم منها، إذ لم يكن السيد Chauffet ملزماً بحث الأجراء على الانضمام ولم يكن باستطاعتهم الإحجام عنه، ولم يكن بإمكانه التذرع، لتسوية مكافأته، بدوره لدى المتأخرة الإقليمية للاتحاد، وأن محكمة الاستئناف التي تحققت هي نفسها من ذلك لم تستخرج النتائج الناجمة عن الوضع الذي أنشأه فعل السلطان عندما رفض تحديد المكافأة المشترطة نسبياً للموجب الذي أصبح جزئياً بدون سبب وبدون موضوع، ولا يهم نشاطه السابق الذي استوفى ما يقابله».

يلاحظ أولاً أن محكمة النقض، لكي تسوّغ النقض، استندت إلى الزوال الجزئي للسبب لاحقاً لإبرام العقد. فنتجته الفكر فوراً إلى Capitant والسبب في عرقه يجب أن لا يقدر عند تكوين العقد وحسب، وإنما أيضاً عند تنفيذه⁽¹⁾. والمؤلف، بالنسبة إلى موجبات الفعل، يناهز بتعميم الحلول الواردة في المادة 722 من القانون المدني⁽²⁾ ويؤكد أن العقد ينبغي أن يفسخ أو يعاد النظر فيه حسب خطورة الاعتداء على الركن السببي. إن الحكم الذي جرى تفحصه يبنى هذا التحليل طالما أنه قبل إعادة النظر في العقد، ذلك بأن الموجب أصبح جزئياً بدون سبب. كما سوّغت محكمة النقض حكمها بالزوال الجزئي للموضوع فعاثت بذلك السبب بالموضوع.

ويرتبط الحل الذي اعتمدته محكمة النقض بقسم منه بنظرية عدم التوقع. ويتحلل التعديل التشريعي يظرف جديد كانت له مفاعيله في العقد. غير أن الموجب لم يعد من الممكن تنفيذه إلا جزئياً. ثمة قوة قاهرة أثرت فقط في بعض الموجبات. ويكفي القاضي، إذ يعيد النظر في العقد، فيصبح تحديد «المكافأة المشترطة نسبياً إلى الموجب جزئياً بلا سبب ولا موضوع»، في الواقع بالتحقق من فسخ جزئي للعقد كما يتثبت من فسخ تام عندما تقود حالة القوة القاهرة إلى استحالة كلية في التنفيذ.

ولم تناقض محكمة النقض أخيراً مع نفسها عندما رفضت قبول إعادة النظر لعدم التوقع

(1) De la cause des obligations، الطبعة الثالثة، Dalloz، 1927.

(2) De la cause المذكور سابقاً، رقم 144، صفحة 314 وما يليها.

وإنما قبلت تكييف العقد بسبب الخسارة الجزئية للسبب والموضوع. وتبقى القوة الملزمة للعقد هكذا سليمة عندما تعترف للقضاء بحق إعادة صنع العقد في هذه الظروف في حين أنها ترفض ذلك عندما يتعلق الأمر بعدم التوقع.

إلا أنه يمكن طرح مسألة معرفة ما إذا كان تكييف العقد بالبتر ما زال ممكناً منذ حكم صدر عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 16 نيسان 1986⁽¹⁾ وأدان بعبارات واضحة جداً، استناداً إلى المادة 1220 من القانون المدني، الحل الجزئي. وهذا الحل أيده السيد Mestre باعتباره الأفضل في عرّفه «لأنه يحترم تماماً الطبيعة المتغيرة للعقد وتوقعات الفريقين المشروعة». والعقد، بالنسبة إلى المؤلف هو كل، وتلاشيه «لا يبدو من الممكن أن يكون جزئياً، حسب رغبة الدائن أو القضاة أيضاً الذين ينسبون إلى أنفسهم إلى حد ما حق إعادة صنع العقد بقرار ما بقي وما زال»⁽²⁾. فليس من الأكيد إذاً، في نظر هذا الحكم، أن الحل الذي اعتمدته الغرفة الاجتماعية يمكن الأخذ به وإن كان، عملياً، يمكن أن يبدو قابلاً للأخذ به. غير أنه ينبغي أن نلاحظ فرقاً بين الحالتين المذكورتين. فتغير الظروف في الحالة الأولى كان خارجياً عن الفريقين. كان نتيجة تعديل تشريعي. وثمة في الحالة الثانية عدم تنفيذ منسوب إلى أحد الفريقين. ويمكن بالتالي التوفيق بين الحكمين والأخذ بأن الطابع المحدود للمفسخ مسوّغ، في الحالة الأولى، بسبب طبيعة الحدث الذي أدى إلى عدم التنفيذ. غير أن صيغة المادة 1220 من القانون المدني لا تتيح تسويق تفريق كهذا.

ب - الاجتهاد الإداري:

283 - وضع مجلس الدولة نظرية عدم التوقع (أو النظرية الطوارئ).

تباين صرامة محكمة النقض بغرامة مع اجتهاد مجلس الدولة: منذ عام 1916 أخذ مجلس الدولة بنظرية عدم التوقع (أو نظرية الطوارئ) في العقود الإدارية وحكم، لمصلحة Gaz de Bordeaud⁽³⁾، بأن اقتصاد عقد الامتياز، عقب تغييرات ظروف ناشئة عن حالة الحرب، اضطرب، وأن هذه الشركة تمسكت بأنها لم تكن ملزمة بأن تؤمن، بالشروط المنصوص عليها في الأصل وحدها، سير الخدمة ما دام الوضع غير الطبيعي قائماً.

إن القاضي الإداري، تطبيقاً للمبدأ المعتمد في بداية القرن، يدعو الفريقين إلى التفاوض من جديد في شأن نصوص العقد، فيحدد، في حالة الخلاف، تعويضاً ما. فهو إذاً لا يتدخل مباشرة في العقد طالما أنه لا يعطي نفسه سلطة تعديله للأحسن. على أن حالة عدم

(1) النشرة المدنية، UI، رقم 45، صفحة 35 المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 640، ملاحظة J.MESTRE.

(2) الملاحظات المذكورة سابقاً، صفحة 542.

(3) حكم مجلس الدولة في 30 آذار 1916، Lebon، صفحة 125 طلبات CARDENET، S.1916، 3، 17، طلبات CARDENET، تعليق HAURIOUL، D.1916، 25، 3، طلبات CARDENET، المجلة الفصلية للقانون العام، 1916، صفحة 206 وصفاة 388، طلبات CARDENET، تعليق JÉZE.

قانوني صريح بهذا المعنى، يدخل الفريقان في اتفاقيهما بنوداً معدة لتلطيف صرامة مبدأ القوة الملزمة⁽¹⁾. ولبعضها موضوع نقدي صرف. ويتعلق الأمر بشكل أساسي بينود تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك⁽²⁾. وبينود أخرى وهي الأعم تنظم إجراء إعادة التفاوض في العقد. إنها، على وجه الخصوص، البنود المسماة بنود الاختيار. يدخل العقد الذي لا يُمس مكانه للعقد التطوري⁽³⁾. ويقتضي، قبل فحص هذه البنود بالتفصيل، التنازل حول شرعيتها.

1 - شرعية بنود إعادة التنازل لعدم التوقع⁽⁴⁾:

285 - هل أن قاعدة العقد شرعية المتعاقدين أسرة؟ يجب القانون الوضعي بالنفي. يكفي بالنسبة إلى ذلك إيراد الحكم الذي أصدرته الغرفة التجارية في محكمة النقض في 31 أيار 1988⁽⁵⁾.

كان قضاة الأساس في هذه القضية قد استبعدوا القوة الملزمة للعقد لكي يأخذوا بتعيين ثمن البيع في يوم التسليم. وقد أخذت محكمة النقض، لكي تنقض الحكم المحال إليها، على محكمة الاستئناف إنها لم تتحقق من وجود بند إعادة النظر في الثمن المشروط صراحة أو المعمول به وفقاً للعادة المحلية والذي يسوّغ التحيين. وهذا يعني، بالتأكيد استدلالية بالبد، وإنما بصورة أكيدة، أن المادة 1134 ليست من الانتظام العام طالما أنها استبعدت بإرادة الفريقين.

ويقتضي بيان أن محكمة النقض تستثني أيضاً وجود العادة المناهضة مما يتوجب الطابع البديل للمادة 1134 من القانون المدني. والقاعدة بالفعل أن العادات الاتفاقية، في حالة النزاع، تطبق بالأفضلية على قانون بديل⁽⁶⁾، ذلك بأنها تكمل إرادة

= L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances, la clause de «hardship» يرميها القانون الدولي، منشورات Clunet، 1974، رقم 2، صفحة 796 - انظر M.FONTAINE، Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux، 1978، صفحة 185.

(1) انظر J.P.BUGAULT، Le maintien de l'équilibre contractuel dans la pratique notariale courante، أطروحة في باريس، طبع على الآلة الكاتبة، 1945.

(2) J.GHESTIN et M.BILLIAU، Le prix...، المرجع عنه، رقم 42 وما يليه.

(3) M.FONTAINE، Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme، قانون التجارة الدولية ومزاوتها، 1978، صفحة 42.

(4) انظر المقارنة بشرعية تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك M.BILLIAU و J.GUESTIN، المرجع عنه، صفحة 43.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 189، صفحة 132، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 71، ملاحظة J.MESTRE.

(6) انظر المدخل العام، رقم 496.

الفريقين⁽¹⁾. وهكذا تعتبر المادة 1134 من القانون المدني قانوناً بديلاً.

بيد أن واقع أن الفريقين بإمكانهما استبعاد صرامة المبدأ لا يستدعي أن يتمتعا بحرية تامة. نظرية الشرط الإرادي الصريح، مثلاً، تشهد على ذلك عند الحاجة. ويكفي، بالنسبة إلى مقصدنا، التثبت من أن القانون لا يتعارض مع أن يتوقع الفريقان عند إبرام العقد إعادة نظر لاحقة لكيفياته ولا سيما في شأن الثمن المشترك.

ب - البنود المصممة لبنود الاختبار أو الوقاية أو التكليف «hardship».

286 - المبدأ.

جرى تقديم بند الاختبار⁽²⁾ الذي لم تعتمد له ترجمة فرنسية⁽³⁾ على أنه البند الذي ينص على إعادة النظر في العقد عندما يمدل اضطراب الظروف التوازن الأولي بين موجبات الفريقين⁽⁴⁾.

(1) انظر حول تعيين القاعدة: حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 آذار 1988، النشرة السنوية، TV، رقم 112، صفحة 78. أكدت محكمة النقض محكمة الاستئناف عندما قررت أن مسؤولية المصرف قائمة إن لم يفتح اعتماداً خاصاً في مناسبة زيادة رأس المال فارتكب هذا الخطأ مع أنه ليس لمة أي نص قانوني يفرض معاملة كهذه ما دام الأمر يتعلق بممارسة شاملة - حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1988، النشرة السنوية، V، رقم 550، صفحة 354 على عكس ذلك - انظر حول غلبة العادة المتعلقة على الاتفاقية الجماعية الوطنية في قانون العمل، حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 14 حزيران 1989، النشرة السنوية، V، رقم 442، صفحة 269.

(2) M.FONTAINE، المذكور سابقاً، صفحة 7 - B.OPEPITT، L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de "hardship"، منشورات D.FRANÇON، La clause de «hardship», in Les troubles d'exécution - 794، صفحة 794، Chabnet، الحقوق في مونيبييه وهايديبرغ، في هايديبرغ، 1981، صفحة 299 - P.VAN OMMESSLAGHE، Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux، مجلة القانون الدولي والمقارن للسقارن، 1980، صفحة 7 - J.PELLERIN، Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre contractants، أطروحة في باريس II، طبع على الآلة الكاتبة، 1977، رقم 204، صفحة 419 وصدقة 420، ورقم 209 وما يليه، صفحة 426 وما يليه - J.CEDRAS، L'obligation de négocier، مجلة الفصلية للقانون التجاري، 1985، ولا سيما رقم 21 وما يليه، صفحة 285 وما يليه - A.GHOZI، G.ROUHETTE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 28 وما يليه، صفحة 403 وما يليه. إضافة إلى A.GHOZI، L.G.D.J.، 1980، مقدمة D.TALLON، رقم 21 مكرر - P. FOUCHARD، L'adaptation des contrats à la conjoncture، مجلة التحكم، 1979، صفحة 67، ولا سيما صفحة 71.

(3) يستعمل السيد P.VAN OMMESSLAGHE تعبير «بند عدم الترفع» (المقالة المذكورة سابقاً) ويعرّف هذا البند من البند الذي يصفه «بند القوة القاهرة». لبند القوة القاهرة تتعلق بالفرضيات التي تجعل فيها أحداث يتجس من الرقابة وترتفعات الفريقين تنفيذ العقد مستحيل كلياً، في حين أن بند عدم الترفع (الاختبار) تهدف إلى تسوية نتائج التعديلات الأساسية والمعقبة للظروف الاقتصادية التي تترجم باضطراب توازن العقد (المذكور أعفاً)، رقم 5، (صفحة 10). ويستعمل مؤلفون آخرون تعبير «بند الوقاية» أو «بند الإنصاف» أو أيضاً «بند إعادة النظر» (انظر M.PONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 9 وصدقة 10).

(4) M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 9. وحسب السيد FRANÇON «يمكن تعريف بند =

وقد ظهر في العقود الدولية⁽¹⁾ ونزع إلى الانتشار في القانون الداخلي⁽²⁾، وموضوعه معالجة مبادئ القوة الملزمة للعقد في الاتفاقيات لمدة طويلة⁽³⁾.

وما يؤكد أصالة هذا البند الإجراء الذي ينشئ ويفرقه عن بند تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك. وكتب أحدهم: «إن النص، في حالة تعديل العلاقات القائمة بين عاملين أو في حالة ارتفاع كلفة المواد الأولية، على تكيف السعر نسبياً، يعني وضع بند سعر صرف أو بند تحديد السعر وفقاً لمؤشر متحرك. واتفاق الفريقين في الظروف عينها على الالتقاء لتفحص مصير العقد يعني تبني بند الاختيار»⁽⁴⁾. فهذا البند يجبر الفريقين إذاً على التفاوض مجدداً حول مضمون الاتفاق الأولي، غير أنه ليس له مفعول حاسم ألي⁽⁵⁾. ومجاليه أيضاً أوسع من مجال بند التحديد وفقاً لمؤشر متحرك الذي لا يتعلق إلا بعنصر عقدي واحد: الثمن. غير أن الفريقين يوردان بند إعادة نظر بسبب اختلال توازن اقتصادي محتمل قابل لأن يكون له تأثير في الثمن. ويتبين آخر إذا كان الثمن يشكل سبب إعادة النظر فإن العقد بمجمعه يباد النظر فيه.

إن بند الاختيار ينتج عن مزاولة التجارة الدولية مما يجعل أي محاولة تركيب صعبة. ويرد أحياناً مقترناً بمقدمة تحدد موضوعه⁽⁶⁾. إنه يتناول عموماً، بشكل واسع إلى حد ما، طبيعة الظروف وجامتها وكذلك نتائجها القابلة لأن تعلن إزالته⁽⁷⁾. فعدم التوقع إذا ملزمة عقدية. وليس في ذلك أي تناقض. وبالفعل «إن توقع إمكانية حصول حدث لا يعني توقع تحققه»⁽⁸⁾. يضاف إلى ذلك أن النتائج المرتبطة بحصول حدث قابل للتوقع يمكن أن لا تكون قابلة للتوقع. وليس لبند الاختيار في أي فرضية دور إلا أن يكون اختلال التوازن ضخماً أو

الاختيار بأنه البند الذي، داخل عقد يتطلب تنفيذه مدة معينة، يضع على عاتق الفريقين موجب التفاوض مجدداً في شأن العقد بأكمله أو يقسم منه بهدف تأييد التوازن العقدي الأصلي الذي عدله ظروف خارجية (المرجع عنه، صفحة 302). انظر أيضاً تعريف السيد OPPEIT، المرجع عنه، رقم 3، صفحة 797.

(1) M.VASSEUR, Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques en droit commercial français, H.CAPITANT وابطة، اسطمبر، 1973، صفحة 685.

M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 15.

(2) J.PELLERIN, Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre les contractants أطروحة في باريس II، 1977. D. LÉDOUBLE، L'entreprise et le contrat، منشورات Léc، 1980، صفحة 251.

(3) قارن بالمادة 279، من القانون المدني في ما يتعلق بعدم المساس باتفاقية الطلاق المصادق عليها. إن الفقرة 3 من النص تحدد أن للزوجين إمكانية توقع أن يطلب كل منهما، في حالة تغير غير متوقع في موارده وحاجاته، إلى القاضي إعادة النظر في التقديم التوحيدي.

(4) M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 24 وصفحة 25. ويضيف المؤلف قدر الفريقان أنه ليس في وسعهما، بسبب الجسامة المحتملة للتغيرات التي يخش منها وإحصائيات العقد، الاكتفاء بترك إزالته التكييف الألي تعمل أملاها.

(5) B.OPPEIT، المرجع عنه، رقم 3، صفحة 797.

(6) M.FONTAINE، المقالة المذكورة آنفاً، صفحة 18.

(7) M.FONTAINE، المقالة المذكورة آنفاً خاصة، صفحة 21 وما يليها.

(8) M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 24.

أن يؤدي تنفيذ العقد إلى نتائج غير منصفة⁽¹⁾.

وجميع البنود لها السببة نفسها العائدة إلى طبيعة العادة التي تحاول ضبطها: إن الأمر يتعلق بعدم توقعها. وتفترض إوالية البند بالضرورة تقدراً ذا طابع ذاتي للظروف وتناجها. وإجراء التفاوض الودي ثانية يخشى أن يتحول فوراً إلى إجراء نزاع قضائي. وقد لوحظ أيضاً أن «بند الاختبار عنصر إضعاف للعقد قابل لأن يوصل إلى تدمير العقد»⁽²⁾.

287 - مصير العقد خلال فترة التفاوض مجدداً.

عندما تجتمع شروط العمل بالعقد يلزم الفريقان بموجب التفاوض ثانية. ويتعلق الأمر، حسب رأي عام، بموجب وسائل يجب تنفيذها بحسن نية مع معاقبة بالعطل والضرر⁽³⁾.

وتطرح مسألة معرفة ما هو مصير العقد خلال إعادة التفاوض.

ففي حال غياب اشتراط حول هذه النقطة ينبغي، بداهةً، أن يستمر العقد في إنتاج مفاعيله ذلك بأن موجب التفاوض مجدداً لا يستوجب تعليق العقد⁽⁴⁾. بيد أن التحليل القانوني في تناقض مع موضوع بند الاختبار ذاته.

ويبدو، في القانون الفرنسي، إنه من الممكن الأخذ بأن العقد خلال فترة إعادة التفاوض معلق استناداً إلى العادة 1135 من القانون المدني التي تبين أن الاتفاقيات تجبر أيضاً بالنتائج التي يعطيها الإنصاف أو العادة أو القانون للموجب حسب طبيعته. وتعلق العقد لن يكون سوى نتيجة موجب إعادة التفاوض.

288 - تحديد السلطة المزدودة بسلطة التفاوض مجدداً.

يمكن أن يكون التفاوض ثانية من فعل الفريقين أو شخص ثالث مؤهل كحكم⁽⁵⁾.

(1) M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 26 وما يليه - B.OFFETIT، المرجع عنه، رقم 9 وما يليه، صفحة 802 وما يليها.

(2) D.FRANÇON، المرجع عنه، صفحة 307.

(3) M.FONTAINE، المقالة المذكورة آنفاً، صفحة 34 - D.FRANÇON، المرجع عنه، صفحة 314 - B.OFFETIT، المرجع عنه، رقم 15، صفحة 806 وصفحة 807. على نقيض ذلك J.PELLERIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 215، صفحة 433، وما يليها. في عرف المؤلف: «ليس موجب التفاوض موجب وسيلة ولا موجب نتيجة. على الفريقين فعل كل ما في وسعهما لإيجاد تفاعل. ويجب، في حالة الفشل، لكي يعفيا، أن يثبتا نية روح التعاون. والوسيلة الأفضل في هذا الشأن ليست إثبات تسوية اقتراحاتهما الخاصة وحسب، وإنما أيضاً تسوية رفض التعاقد على أساس إيجاب الشريك. وبفضل هذا الإثبات يفترض ما هو منصف سهل المتال بالنسبة إلى القاضي الذي عليه سلك الشريك في التعاقد، قياس المصلحة التي يجدها في تنفيذ العقد، يتعلق الأمر إذاً بقرينة خطأ تقع على عاتق كل متعاقد. على أن المعانة لا يمكن أن ترتكز إلا على الحكم بالعطل والضرر (رقم 216)، صفحة 426».

(4) بهذا المعنى D.FRANÇON، المرجع عنه صفحة 319 - B.OFFETIT، المرجع عنه، رقم 15، صفحة 807.

(5) M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 38.

واللجوء إلى شخص ثالث يولد بعض الصعوبات. من المشكوك فيه مثلاً أن تعديل العقد ينجم عن مجال التحكيم المتخصص عليه في القوانين الإجرائية طالما أنه ليس ثمة نزاع يجب البت به⁽¹⁾. وقرار «الحكم» لا يمكن إذاً، على وجه العموم، أن يوصف بالحكم⁽²⁾ وليس خاضعاً لإجراء الصيغة التنفيذية. إنه يندمج في اتفاقية الفريقين وحسب⁽³⁾. ويمكن أن يلاحظ أن القانون المدني، في هذا الصدد، لا يجهل هذا النوع من الإجراء غير الداخل في المنازعات القضائية ويكفي الرجوع إلى المادة 1592 من القانون المدني التي يمكن بمقتضاها أن يكون تحديد الثمن في البيع متروكاً لتحكيم شخص ثالث⁽⁴⁾.

289 - مصير العقد في حال فشل التفاوض مجدداً.

صدرت فكرة أن العقد، في حال فشل التفاوض ثانية غير المنسحب إلى أحد المتعاقدين، وفي غياب اشتراط خاص، يجب الحفاظ عليه كما هو⁽⁵⁾. وبما أن موجب التفاوض مجدداً ليس موجب وسائل، فإن ثمة مجالاً لاعتبار الاتفاق الأولي محافظاً عليه. ويعني قبول العكس، على الأقل في القانون الفرنسي، إدخال نظرية عدم التوقع، وهذا ما رفضت محكمة النقض الأخذ به. إلا أن أحد المؤلفين يعيل، وإنما بدون تسويق قانوني، إلى تلاشيه بمنهجية⁽⁶⁾. غير أن المتعاقدين غالباً ما يكونان قد اتفقا على تعليق العقد أو نسخه.

ومسألة معروفة ما إذا كان في وضع القاضي أن يحل محل الفريقين في حال فشل التفاوض ثانية طرحتها محكمة استئناف باريس. كانت كهرباء فرنسا قد أبرمت عقود وتوريد لمدة طويلة مع شركة Shell France. وكانت هذه العقود تتضمن بنود تحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك أو شروط وقاية على الفريقين بمقتضاها تفحص التعديلات التي يجب أن تدخل على العقد إذا كان مازوت زيت الوقود (fuel-oil) قد أصابه تخفيض أكثر من 6 فرنكات للطن الواحد بالنسبة إلى القيمة الأولية؛ وبسبب عدم الاتفاق كان بإمكان كهرباء فرنسا فيسخ العقد في حال ارتفاع الأسعار وكان في وسع Shell القيام بذلك في حال انخفاض الأسعار. والحال أن التوازن العقدي، بسبب اضطراب سوق النفط، قد اختل نتيجة لذلك. وجرى التفاوض مجدداً إلا أنه لم يوصل إلى شيء. ومع ذلك احتفظ الفريقان بعلاقاتهما التجارية.

(1) انظر M.FONTAINE المرجع عنه، انظر حرك التحكيم الهادف إلى إكمال العقود والتحكيم الذي ينشأ البت بالمنازعات القانونية، R.DAVID, L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats, 1978 Mélanges G.MARTY، صفحة 383 وما يليها.

(2) هبلى نيفيس ذلك: A.KASSIS, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international، الجزء 1، L.G.D.J.، Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel، 1987، رقم 423، زرم 424، صفحة 312، وما يليها. انظر في شأن عرض نظرية المؤلف، الرقم 280 السابق.

(3) B.OPPETET، المرجع عنه، رقم 17، صفحة 808 وصفحة 808.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 696.

(5) D.FRANÇON، المرجع عنه، صفحة 321.

(6) J.PELLERIN، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 216، صفحة 438.

وتمت تسليمات مقابل استيفاء مبالغ على حساب الثمن، وقبلت كهرباء فرنسا بذلك. وفي هذه الظروف قاضت Shell كهرباء فرنسا لإثبات انعدام مفعول العقود لعدم وجود ثمن محدد أو قابل للتحديد، في حين طلبت كهرباء فرنسا إلى المحكمة تحديد قيمة الثمن استناداً إلى مؤشر متحرك قابل للتطبيق على ثمن التوريدات. وأخذت محكمة التجارة في باريس بأدعاء Shell، غير أن محكمة استئناف باريس، بناء على الاستئناف المقدم إليها في 28 أيلول 1976⁽¹⁾، ألغت الحكم المئانب وأصدرت حكماً قبل الفصل بالموضوع.

إن فشل التفاوض مجدداً، حسب محكمة الاستئناف، لم يضع نهاية للموجب، إذ أبدى الفريقان إرادتهما بتابعة العقود. وكان من المناسب إذا «دعوة الفريقين، حسب تعهدهما، إلى عقد اتفاق حول هذه النقطة (صينة تحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك) برعاية مراقب؛ وكان بإمكان محكمة الاستئناف في حال فشل التفاوض ثانية ومع علمها بالحلول المقترحة، القول ما إذا كانت الصيغة التي يمكن أن تلائم احتمالاً على الصعيد المالي تعدل معطيات العقود الجاري تنفيذها وتمنع القاضي بالتالي من فرضها، أو ما إذا كانت تكتفي كما أراد الفريقان، وبدون الإساءة إلى اقتصاد العقود، بتكليف الثمن مع تقلبات السوق، وبالتالي استبداله تلقائياً».

من الجلي أن محكمة الاستئناف كان لديها حاجس احترام إرادة الفريقين. بيد أن الحل الذي اعتمدته ليس مرضياً كلياً. فإذا كان من الممكن قبول استمرار موجب التفاوض مجدداً طيلة المدة التي يبدى فيها الفريقان إرادتهما في البقاء مقيدين بالروابط العقدية، فيمكن بصعوبة تأييد بادرة محكمة الاستئناف في أن تحمل محل الفريقين، في حالة الخلاف، في غياب أي بند صريح بهذا المعنى. هناك في الحقيقة استبدال إرادة القاضي بإرادة المتعاقدين. يضاف إلى ذلك أن المحكمة فرضت وجود «مراقب». وهذا المراقب لم يكن بالتأكيد مزوداً بأي وظيفة خاصة إلا أن يتابع «إعادة المفاوضات»، وقد استخدمت محكمة الاستئناف بالحكم على هذا النحو، سلطانها الأمر وليس سلطتها في التفسير.

290 - مصير العقد في حال نجاح التفاوض مجدداً.

إن المسألة التي تطرح، في حال نجاح إعادة التفاوض، هي مسألة تحديد المدى القانوني للاتفاق الجديد بالنسبة إلى العقد الأولي⁽²⁾، بالملاحظة أن العقد المتابع هو نفسه في نية الفريقين المشتركة، ينبغي أن لا يكون ثمة مكان، من حيث المبدأ، للشديد، في غياب إرادة مبرر عنها صراحة بهذا المعنى⁽³⁾، أو لتباين مبادئ يتبعه إنشاء موجب جديد. وفي الواقع، إذا تناول التعديل كميّات التنفيذ فقط فإن المسألة لا تعود مطروحة، ذلك

(1) مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، II، 18810، تعليق J. ROBERT.

(2) D. FRANÇON، المرجع عنه، صفحة 322.

(3) B. OPPETIT، المرجع عنه، رقم 18، صفحة 810 - D. FRANÇON، المرجع عنه، صفحة 322 ومصفحة 323.

بأن «تحول» الموجب لا يبدو كافياً لكي يولد موجباً جديداً⁽¹⁾، ويكون الأمر على غير هذا النحو عندما يتطلب التكيف تعديلاً جوهرياً للموجبات. وهذا ما يجب التحقق منه.

ونذكر بأن بند الاختيار موضوعه تكيف العقد وحسب، بدون تدعيم الرباط القانوني الأولي.

وقد بين السيد Ghazi أن التعديل ممكن إذا كان الموضوع المستبدل مثلياً، موضوعياً أو ذاتياً مع الموجب الأولي، لأن له سلطة تحرير ماثلة⁽²⁾. ثم عيّن المؤلف شرط الحفاظ على الرباط القانوني الأولي. إن تعديل موضوع العقد يجب أن لا يقصد سبه المفهوم على أنه الهدف المنشود للفريقين⁽³⁾. «المحافظة على العلاقة القانونية الأصلية تفرض إذاً التكافؤ بين المواضع بالنسبة إلى قيمتها المرضية في نظر الفريقين ودورها الأدري بالنسبة إلى السبب». وهذا ما يسميه المؤلف «المثلية المزدوجة»⁽⁴⁾. إن مفهوم السيد Ghazi واسع بشكل خاص طالما أن القاضي يتعامل، في الواقع، حول الواقع الحاسم الذي حث الفريقين. والحال إن وجود السبب، من حيث المبدأ، يقدر موضوعياً⁽⁵⁾. من الضروري بالتالي أن يكون الهدف

(1) C.PACTET, De la réalisation de la novation, المجلة الفصلية للقانون المدني، 1975، رقم 34 وما يليه، صفحة 645 وما يليها - H.L.F. MAZEAND, Obligations - رقم الجزء II المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، 1223، صفحة 1220 - B.STARCK, Obligations، المجلد 3، الطبعة الرابعة، 1992، تأليف L. BOYER, H. ROLAND, Obligations، رقم 445. J. CARBONNIER, Obligations، الفقرة 348 (تعديل الأجل ليس كافياً لبودي إلى التجديد). ويبدو أن غرفة المرائض، في حكمها بتاريخ 8 تشرين الثاني 1975 Dalloz، 1، 438، أخذت بأن تعديل الأجل، وهو تعديل بسيط للموجب الأولي، كان يتضمن تجديد لو أن الفريقين أديبا نيتهما بهذا المعنى. وبالمقابل حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 20 تشرين الثاني 1967 (الشرة المدنية، I، رقم 335، D. 1967، 321، تعليق GOMAA، مجلة قصر العدل، 1968، 1، 101)، «بأن تعديلاً في مبلغ الدين، أيأ كانت نية الفريقين، لا يكفي لوصف التجديد». انظر بالمعنى عينه، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 أيار 1981، الشرة المدنية، I، رقم 182، صفحة 148. يمكن بالتالي اعتبار تعديل عنصر جوهري للموجب الأولي وحده يمكن أن يولد التجديد وبالمعنى عينه G. ROUHETTE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 9، صفحة 378 وصفحة 379. وعلى نقيض ذلك: Ph. SIMLER، مصنف الاجتهاد، الفهرس المدني، البند 1271 إلى 1281، المكرسة I، 1985، رقم 106، ونية التعديل في عرضه فيمكن أن تعتبر عنصراً ضرورياً على الدوام، وإنما كافيّة أيضاً للتجديد» (رقم 111). وهذا المفهوم يجعل من الأودي بلا جدال مركزاً للتجديد، ويبقى ذلك قابلاً للجدال في مفهوم ذاتي للعقد. أضف إلى ما تقدم: A. GHOZI، La modification de l'obligation par la volonté des parties، 1980، أطروحة، باريس، L.G.D.J. مقدمة D. TALON، رقم 308، وما يليه، صفحة 133 وما يليها. على أن نمة حكماً يبدو أنه مهد لهذا التحول. قفي 22 أيار 1984 (الشرة المدنية، IV، رقم 178، صفحة 149) حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض بالفعل بأن المدول المولت عن لعبة دور تحديد الثمن وفقاً لملوشر متحرك لا يكفي لإتيان إبداء لا ليس فيه إرادة التجديد. ويمكن الاستنتاج من ذلك أن التعديل البسيط للموجب قابل لإنتاج تجديد إذا كان ذلك إرادة الفريقين.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 42 وما يليه، صفحة 22 وما يليها.

(3) الأطروحة الثالثة الذكر، رقم 60 وما يليه، صفحة 30 وما يليها.

(4) الأطروحة السابقة الذكر، رقم 67، صفحة 33.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 841 وما يليه.

متدمجاً في السبب، أو على الأقل معروفاً من الشريك في التعاقد. إن فرضية المؤلف مقبولة في ظل هذا التحفظ. إنها تمثل فائدة إبراز الرباط الموجود بين الموضوع والسبب.

وتغير الوصف، في عرف السيد Ghazi، يمكن أن يشكل مجرد تعديل للعقد الأولي وأن لا يؤدي بالضرورة إلى إنشاء اتفاقية جديدة⁽¹⁾. ولاحظ، من جهة أولى، أن هذا المعيار غير قابل للتطبيق في وجود عقود غير مسماة تنطور خارج النماذج المنظمة، وأن الفريقين اللذين يعدلان وصف اتفاقيتهما، من جهة أخرى، لم تحثهما أي إرادة تجديد وأن في القانون أمثلة «إخضاع لأنظمة قانونية مختلفة بدون تجديد العقود»⁽²⁾. كما لاحظ أنه يمكن أن يكون ثمة تجديد بدون تغيير الوصف⁽³⁾. فتغيير الوصف إذاً ليس عقبة أمام التعديل. وهذا التحليل يفضي على تعديل العقد التالي لتطبيق بند الاختبار مجالاً واسعاً إلى حد ما، طالما أن الرباط الأول محافظ عليه في حين أن اقتصاد العقد يجري إعداده بعمق من جديد. وفي النهاية لن يكون تكييف العقد قابلاً للتنفيذ إلى تجديد أو إلى تبين متبادل يتبعه إنشاء موجب جديد إلا استثنائياً⁽⁴⁾.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 71 وما يليه، صفحة 35 وما يليها.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 76، صفحة 37 وصفحة 38.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 77، صفحة 38.

(4) انظر في شأن تحليل معائل إلى حد كبير، J. PELLERIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 218 وما يليه، صفحة 443 وما يليها. ويضيف المؤلف، مستعيداً تحليل السيد Ghazi (الأطروحة السالفة الذكر)، أن التعديل يجر إلى زوال التأمينات التي يقدمها أشخاص ثالثون والتي لا يمكن أن يتفاد مصيرها بإرادة الفريقين.

القسم 2

النظام القانوني

291 - يمكن القيام بدراسة النظام القانوني لعدم التوقع بطريقتين: يمكن استعراض كل من الحالات التي يكون فيها عدم التوقع موضوع إقامة وزن قانوني له، أو محاولة تقديم تركيبي للسمات الجوهرية التي تبدو إلى حد ما مشتركة بين التطبيقات المختلفة. وصف تتبع هذه الطريقة الأخيرة الأفضل ولا ريب. وستنحصر على التوالي الشروط التي يقيم فيها وزن لعدم التوقع والمعاقبة المرتبطة به.

الفقرة 1 - الشروط

292 - تعود هذه الشروط إلى طبيعة الظروف أو إلى أهمية اختلال التوازن الذي ينشأ وإلى الآونة التي يجب فيها تقدير عدم التوقع.

I - طبيعة الظروف

293 - ليست جميع الظروف قابلة بديهيًا للاخذ بها بصفة عدم توقع. وإذا كان من الأكيد أن لا تمثل فيها سمات القوة القاهرة، فينبغي بالمقابل طرح مسألة معرفة ما إذا كان يجب بالفعل أن تكون جديدة وغير متوقعة، حتى غير قابلة للتوقع⁽¹⁾ في يوم إبرام العقد، وما إذا كان من الإلزامي أن لا تكون منسوبة إلى الفريق المغيبون.

1 - ليس للحدث سمات القوة القاهرة:

294 - حلول القانون الداخلي،

رفض الاجتهاد دائماً مماثلة الحدث غير القابل للتوقع وحسب الذي يجعل تنفيذ الموجب أكثر كلفة بالحدث الذي، إذ تكون له سمات القوة القاهرة، يجعل التنفيذ

(1) J.FLOUR et J.LAUBERT المذكوران سابقاً، رقم 401.

مستحيلاً⁽¹⁾. وهو لم يوسع إذاً، من حيث المبدأ⁽²⁾، مجال القوة القاهرة ليدخل عدم التوقع فيه.

ومن ذلك جرى تقديم تفسير: لا تتلاءم القوة القاهرة وعدم التوقع مع الحقيقة عينها. وقد أخذ السيد El Gammal، بعد أن حلل مفهوم القوة القاهرة في الاجتهاد، بأنها ليست دائماً حدثاً غير متوقع ولا يفهر. «إن مجرد الاسم المعطى للحدث يمنع الدائن من الحصول على النتيجة المنشودة مع أن المدين بذل العناية المتوجبة»⁽³⁾. ينبغي إذاً تحديد العناية المفروضة على المتعاقد.

ويتسك المؤلف بعد ذلك بمفهوم الموجب ويورد أنه يمكن أن «يمرّف إمّا بمعنى عتاية متوجهة نحو المستقبل، وإمّا بمعنى توازن بين التقديمات أو بمعنى قيمة اقتصادية». ويخلص منطقياً إلى القول: «ترتبط القوة القاهرة بمظهر أول: إنها الحدث الذي منع تحقيق النتيجة المتوخاة رغماً عن العناية التي بذلها المدين. وترتبط عدم قابلية التوقع بالمظهر الثاني وتدل على اضطراب القيمة الاقتصادية للتقديم بالنسبة إلى التقديم المقابل، أي بالنسبة إلى الثمن في السوق»⁽⁴⁾. لذلك لا يمكن إدخال عدم التوقع في نظرية القوة القاهرة. وهذا التفريق ماهر. غير أنه يقتضي بيان أنه لم يمنع محكمة النقض من أن تماثل، في مجال الإيجابيات، الكلفة المفرطة للإصلاح بخسارة الشيء» يحدث فجائي.

وإذا كان تنفيذ العقد أصبح مستحيلاً وليس صعباً فقط فإن موجب المدين يعلق موقته⁽⁵⁾ أو نهائياً⁽⁶⁾ حسبما تكون الاستحالة موقته أو نهائية.

(1) انظر حكم غرفة المرافض في محكمة النقض، 15 شباط 1959، D.P.1859، 1، 355، لعل السلطة يجعل تنفيذ موجب أكثر كلفة - غرفة المرافض في محكمة النقض، 12 حزيران 1901، S.1902، 1، 232 - محكمة استئناف باريس، 21 كانون الأول 1916، D.P.1917، 2، 33، تعليق H.CAPITANT - النقض المدني، 17 تشرين الثاني 1925، D.H.1926، 1، 35 - النقض المدني، 5 كانون الأول 1927، D.H.1928، 1، 84، زيادة الرسوم الجمركية لا يمكن أن تشكل سوى صعوبة في تنفيذ العقد، ولذلك لا تجعل هذا التنفيذ مستحيلاً - عريضة 6 حزيران 1932، S.1933، 1، 207 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1950، D.1952، صفحة 227 - 3 كانون الثاني 1979، مجلة قصر العدل، 1979، الأسبوع الأول، بانوراما، صفحة 214، تارن يحكم محكمة استئناف فرساي، الغرفة 12، 29 أيلول 1988، D.1988، صفحة 260 من التقرير. ظهور سلسلة منتجات لا يمثل القوة القاهرة القابلة لأن تحل الشاري من موجه في اكتساب ملكية منتجات أصبحت مهملة. أضف إلى ذلك: RADOUANT, Du cas de la force majeure fortuite et de la force majeure, منشورات Rousseau، 1920.

(2) انظر الرقم 281 بالنسبة إلى الاستثناء الوحيد المقبول.

(3) M.EL GAMMAL, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Etude comparée de droit civil français et de droit civil de la république arabe unie، L.G.D.J.، باريس، 1967، مقدمة A.Tono، رقم 251، صفحة 145.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 255، صفحة 146.

(5) الغرفة المدنية الأولى، 24 شباط 1981، النشرة الدورية، J، رقم 65، صفحة 153، D.1982، 479، تعليق D.MARTY - عريضة 15 تشرين الثاني 1921، D.P.1922، 1، 14.

(6) G.MARTY et P.RAYNAUD، المذكورين آنفاً، رقم 554. انظر P.VOIRIN، الأطروحة المذكورة =

ويترك عدم التوقع في مفاعيله عن القوة القاهرة في أن هذه القوة القاهرة لا يمكن أن تقود إلى تكييف العقد وإنما إلى تعليقه أو تلاشيّه وحسب⁽¹⁾. ووجود بند يبيّن شروط القوة القاهرة في معنى توسعي⁽²⁾ لا يبدو أن من شأن إعادة النظر في النتائج الملازمة لمفهوم القوة القاهرة بصورة عامة⁽³⁾.

295 - يطبق القانون الدولي لبيع السلع هذه المبادئ.

انفصلت اتفاقية لاهاي الدولية، تاريخ أول تموز 1984، حول البيع الدولي للمنتجات غير المادية، التي لم تصادق عليها فرنسا على الإطلاق، عن المفهوم الصلب لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽⁴⁾، بدون الأخذ بنظرية هدم التوقع كما تمثلت عموماً في فرنسا. ونصت في مادتها 74، الفقرة 1، على ما يلي: «عندما لا يتخذ أحد الفريقين مراحله لا يكون مسؤولاً عن عدم التنفيذ هذا إذا أثبت أن عدم التنفيذ عائد إلى ظروف لم يكن، وفقاً لنية الفريقين لدى إبرام العقد، ملزماً بإقامة وزن لها أو تجنبها أو تذليلها. وفي حال غياب نية الفريقين، ينبغي البحث عن النيات التي يمكن طبيعياً أن تكون لدى أشخاص عاقلين من النوعية عينها وموجودين في وضع مماثل». وهذه الصيغة استهلكت الأفكار الألمانية⁽⁵⁾. والفقرة 2 تنبئ بالمقابل المفهوم البريطاني⁽⁶⁾ إذ نصت على ما يلي: «إذا كان من شأن هذه الظروف أن لا تنتج إلا عدم التنفيذ المؤقت، فإن الفريق التاكل يتحرر نهائياً من موجهه إذا كان التنفيذ عقب تأجيله قد تحول جذرياً بحيث يصبح تنفيذ موجه مختلف تماماً عن الموجه الذي نص عليه العقد».

وتنبئ المادة 79 - 1 من اتفاقية الأمم المتحدة حول عقد البيع الدولي للسلع المبرمة

= سابقاً، صفحة 81 وما يليها - BOMSEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 6 وما يليها. وكذلك D.M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 110 وما يليها.

(1) M.EL-GAMMAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 255، صفحة 146، يتناول الأمر في النظرية المسماة نظرية عدم التوقع بالتوازن الموضوعي بين التقديرات الموعود بها وليس باستحالة الوصول إلى النتيجة المنشودة.

(2) انظر في شأن هذه البنود، J.PELLERIN، Les clauses relatives à la répartition des risques financiers، entre cocontractants، أطروحة في باريس II، طبع على الآلة الكاتبة، 1977، رقم 84 وما يليه، صفحة 183 وما يليها.

(3) انظر مع ذلك Ph.KAHN، Force majeure et contrats internationaux de longue durée، بوميات القانون الدولي، 1975، صفحة 487 وما يليها، ولاسيما صفحة 478 وما يليها. ويلاحظ المؤلف أن معظم بنود القوة القاهرة تتعلق بتعاقب العقد الذي يحلله كمنفرد شاذ عن القانون العام للفقرة القاهرة. وهنا الرأي غير صحيح بمقدار ما تؤدي القوة القاهرة المرتقة أيضاً إلى تعليق العقد وليس إلى تلاشيّه. وبالمقابل، يلاحظ المؤلف بصواب أن بعض البنود تنص على إعادة التفاوض في الاتفاق وفي ذلك نغياً شذوذاً عن القانون العام مشروحاً تماماً في نظر المادة 1134 من القانون المدني.

(4) R.DAVID، المذكور سابقاً، صفحة 224.

(5) R.DAVID، المرجع عينه. انظر في شأن عرض القانون الألماني رقم 316 اللاحق.

(6) R.DAVID، المرجع عينه. انظر في صدد عرض القانون الإنكليزي، الرقم 316 اللاحق.

في فيينا في 11 نيسان 1980 والمنشورة بالمرسوم رقم 87 - 1034 تاريخ 22 كانون الأول 1987⁽¹⁾، حلاً أكثر توافقاً مع القانون الفرنسي. وهي تنص على أن «كل فريق غير مسؤول عن عدم تنفيذ أي من موجباته إذا أثبت أن عدم التنفيذ هذا يعود إلى مانع مستقل عن إرادته ولا يمكن، بإنصاف، أن ينتظر منه إقامة وزن له في آونة إبرام العقد، أو أن يتوقعه أو أن يذلل أو أن يتداركه أو أن يتحاشى النتائج». وقد ألقي على عاتق الفريق الذي يتمتع عليه ذلك موجب تنبيه شريكه في التعاقد في مهلة معقولة. وإذا تخلف عن ذلك يستحيل عليه التذرع بالمانع (الفقرة 4). وتحدد الفقرة 5 أن «أحكام هذه المادة لا تمنع فريقاً من ممارسة حقوقه غير حق الحصول على المثل والضرر استناداً إلى هذه الاتفاقية». إن هذا النص يعبر عن مفهوم تقليدي للاستقرار العقدي في المجال الدولي. وبالفعل ليس سبب الإعفاء المقصود سوى القوة القاهرة كما هي مفهومة في القانون الفرنسي⁽²⁾.

ب - جلة الحدث:

296 - وضع المشكلة.

بما أن نظرية عدم التوقع تقيم وزناً لتطور الوسط الاقتصادي والاجتماعي اللاحق لإبرام العقد، ينبغي الاستنتاج من ذلك أن الظرف المعني يجب أن يكون بالضرورة جديداً، أي أن سبب الحدث وفعله يجب أن يحصل بعد التقاء الإرادتين. لا يستطع مفادول، على سبيل المثال، الادعاء بأن ثمة عدم توقع عندما يصطدم، في مناسبة أشغال الردم، بصخور مجهولة⁽³⁾. إن تنفيذ العقد كشف فقط وجود صخور كانت موجودة قبل إبرام العقد⁽⁴⁾. ولا يمكن اعتبار هذا الظرف جديداً لأن سببه سبق وجوده.

إلا أنه يمكن التساؤل عما إذا كان جهل السبب عند تكوين العقد كافياً⁽⁵⁾. إن المفعول الناتج بهم وحده، في هذه الرؤية، لتسوية إعادة النظر أو الفسخ. هناك إذا تصوران ممكنان. ويبدو أن المشتري يأخذ تارة بهذا التصور وطوراً بذلك، بدون الانزواء في نظرية مجردة لعدم التوقع، مما يتيح له تكيف شروط إعادة النظر مع الهدف الذي يسعى إليه.

فقانون 4 تموز 1984 مثلاً المتعلق بإعادة النظر في الأعياء والشروط التي تنقل التبرعات ينص على أن إعادة النظر التي ينظمها ممكنة «عندما، عقب تغير الظروف...» يصبح التنفيذ بالنسبة إلى المتبرع له صعباً للغاية أو مضرراً حقاً. ودعوى إعادة النظر، حينما

(1) مصنف الاجتهادات الدرري، 1988، III، 60936، L. 1988، صفحة 30.

(2) G.VINEY، La responsabilité: conditions، رقم 383 وما يليه.

(3) DEMOGUE المراجع فيه رقم 641، صفحة 701.

(4) تارن يحكم محكمة استئناف باريس، الغرفة 23، 4 أيار 1988، D.1988، الصفحة 165 من التقرير. إن فكرة أساسيات عقار بسبب طبيعة الأرض لا تشكل أشغلاً جديدة، تؤدي إلى تعديل الصفقة الجزائية، بل هي أشغال إضافية يجعلها حسن تنفيذ الصفقة هيرودية.

(5) انظر D.M.PHILIPPE الأطروحة المذكورة سابقاً الأرقام 1.2.3.1، صفحة 32.

تفسر هذه الصيغة على أنها مرتبطة بسبب التغير أو بمفاعيله وحسب، تكون مقبولة أم لا، وإذا لم تكن صمودية التنفيذ نتيجة وضع واقعي موجود في يوم إبرام الشريع ومجهول شرعاً أم لا، وإذا جرى تبني مفهوم حصري للقانون، يستبعد طلب المتبرع له إعادة النظر. وفي الحالة المعاكسة يجب أن يُقفل.

ويمكن الاعتقاد أن النصوص المتعلقة بعدم التوقع تشكل استثناء لمبدأ استقرار العقد. كما أن التفسير الحصري هو الذي ينبغي اعتماده، ما دام أن المشتري يأخذ بتغير الظروف قبل التطرق إلى المفاعيل التي ينتجها هذا التعديل. وقد تم الأخذ بأن التطلب الذي يفرضه القانون كان هدفاً تجنب أن يقلل التبرعات بخفض أشخاص فيلزمون أو يجب أن يعلموا أن بإمكانهم بصمودية تنفيذ أعبائها، مع الأخذ في الحسبان المضمون الاقتصادي والاجتماعي الموجود في يوم التبرع⁽¹⁾ وهذا التفسير غير مقنع في الحقيقة ذلك بأنه يكفي عندها تطلب مطلق لا مأخذ عليه من قبل المتبرع له. ويبدو أن المشتري، بسن شروط حصرية إلى هذا الحد، توخى احترام إرادة المتبرع بقدر ما يمكن.

على أن مبدأ المدة، كما جرى تقديمه، لا يبدو أنه دائماً شرط لإعادة النظر.

فالمادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985، مثلاً، تجيز إعادة النظر في الشروط التي خضع لها المستأجر المدير إذا لم يكن بإمكانه التمسك بها لسبب لا ينسب إليه. وليس تغير الظروف هو المقصود (القانون نفسه لم يلمح إلى ذلك)، وإنما، وبكل بساطة، غياب نسبة الفعل إلى المستأجر المدير، ويكفي أنه يجهل شرعاً السبب الذي يمنعه من تنفيذ العقد حتى ولو كان ملازماً لتعهد.

ويمكن الظن إن هذا الرقن النسبي من قبل المشتري يفسر بالمفعول المنشود. ولن يكون ثمة أي منفعة من إتاحة استرداد المؤسسة الخاضعة لإجراء التسوية القضائية إذا كان التنازل يجب، نهائياً وحتماً، أن يتوقف في اليوم الذي يبدأ فيه سريانها. إن تكييف العقد ينبغي أن يتيح بقاء المؤسسة.

ويظهر، في النهاية، إن الطابع الجديد بالمعنى الضيق للظرف وله مفعول ارتباطك بالنسبة إلى توازن العقد إذا كان متوافقاً مع الترميز التقليدي لعدم التوقع، ليس دائماً شرطاً ضرورياً لإعادة النظر.

يغدو من الصعب إذاً رسم الحد بين الغبن وعدم التوقع⁽²⁾، ومفهوم «عدم التوقع» ذاته يفقد من دقته.

(1) C.WITZ, La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi 4 juillet 1984, D.1985 (العرض XIX)، صفحة 106، رقم 14، العدد الثاني.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 777.

297 - تعتبر لاقابلية التوقع في الفقه عموماً أحد شروط إعادة النظر⁽¹⁾.

يمكن أولاً، من وجهة نظر نظرية، طرح مسألة معرفة هل أن هذه الخاصية مرتبطة بالحدث المعني في ذاته أو بالمفاعيل التي يشتملها وحسب؟ ويتميز آخر هل أن الارتباك يجب أن يكون غير قابل للتوقع في ذاته أو في نتائجه على التوازن الاقتصادي للعقد؟ إن المجال المعين لعدم التوقع يكون، حسب الجواب المعطى لهذه المسألة، أكثر انحصاراً أو أقل.

على أن الصعوبة بعينها، أيًا كان الجواب، تبرز على الفور: ذلك بأن الحدث يمكن أن يكون غير قابل للتوقع موضوعياً أو ذاتياً. فأي معيار يجب اعتماده إذن؟ يضاف إلى ذلك أنه، إذا ظهر الحدث قابلاً للتوقع، فإن نتائجه يمكن أن تتجاوز جميع التوقعات⁽²⁾. فما هو عند ذلك المعيار الذي يتيح القول هل أن الحدث كان قابلاً للتوقع أم لا؟ وقد نودي باستبعاد أي إسناد إلى نفسانية الفريقتين البعيدة المنال إلى حد كبير، والإسناد إلى «متوسطات»⁽³⁾، فيظهر المعيار أكثر موضوعية، إذا انفصل عن شخص المتعاقدين حتى إذا ارتبط بالمعنى المشترك⁽⁴⁾.

298 - يد أنه لوحظ، بقطع النظر عن الجدل النظري، أن طابع الحدث غير القابل للتوقع أيًا كانت الزوابة التي ينظر إليه فيها لم يقد القانون الوضعي وزناً له.

هذه هي الحال في ما يتعلق بإعادة النظر في الشروط والأعباء التي تثقل بعض التبرعات المنصوص عليها في المادة 900 - 2 من القانون المدني⁽⁵⁾. فدعوى إعادة النظر مفتوحة... عندما يصعب التنفيذ (بالنسبة إلى الأعباء)، بسبب تغير الظروف بالنسبة إليه (أي إلى المتبرع له) إما صعباً للغاية، وإما مفرأ حقاً. إن مصدر تغير الظروف ليس الذي يقام وزن له وإنما المفعول الناجم عنه⁽⁶⁾.

(1) انظر المؤلفين المشهد بهم في الرقم 263 السابق التعليق رقم 2.

(2) انظر تحليل P. VOIRIN في أطروحته المذكورة سابقاً صفحة 35 وما يليها و صفحة 145. يأخذ المؤلف مثلاً حصول حرب عام 1914 التي، في عرقه، كانت غير قابلة للتوقع في فرنسا وإنما ليس في ألمانيا - وهكذا أدخل رعايا الامبراطورية الألمانية في العقود بنود تكيف سميت بنود الحرب (kriegsclausulen). بيد أن طبيعة الحرب الكبرى كانت ينسب من المتعاقدين لأنها كانت غير قابلة للتوقع في مدتها وفي شدتها.

(3) انظر P. VOIRIN، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 40 و صفحة 41. ريدجف المؤلف أن عدم قابلية التوقع تُعرف من مفاعيلها، صفحة 146.

(4) هكذا يلخص Voirin تصور عدم قابلية التوقع: «يظهر عدم قابلية التوقع كسألة أكثر وأقل في حصرها تحقق فارق قيمة جسامته معينة. إنه مستبعد باليقين أو الاحتمال الجدي، وليس بالاحتمال المهم المرتبط بجميع الأشياء الممكنة في العالم» (صفحة 174). أضف إلى ذلك، حول مفهوم عدم قابلية التوقع، STOYANOVITCH الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 117 وما يليها، الذي يتبنى تصوراً ذاتياً: «لم يكن الحدث الحاصل، أو نتائجه في آونة العقد، قابلاً للتوقع كما ينبغي من قبل الفريقتين المرتبطتين» (صفحة 124).

(5) القانون رقم 94 - 482 تاريخ 4 تموز 1984.

(6) انظر بهذا المعنى C. WITZ، La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi Dalloz، du 4 juillet 1985، الرض XIX، صفحة 106، رقم 14، العمود الثاني.

من الصحيح أن على المتبرع له أن لا يكون مواخذاً⁽¹⁾. ويبدو أن هذا الشرط الأخير من شأنه إعادة إدخال معيار عدم قابلية توقع الحدث بشكل غير مباشر، لأن المتبرع له، إذا كانت الظروف الضارة قابلة للتوقع في يوم قبول التبرع، فيكون مخطئاً بقبوله الالتزام بخفة⁽²⁾. على أن عدم قابلية التوقع ليس شرط إعادة النظر مباشرة وإنما غياب الخطأ. وطابع قابلية توقع الحدث أو نتائجه ليس سوى عنصر يتيح تقدير ما إذا كان مملك المتبرع له ملوماً أم لا. كل شيء في النهاية يتوقف على تقدير مملك طالب إعادة النظر تجاه الظروف.

إن المادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985 لا تجعل من عدم قابلية التوقع شرطاً لإعادة النظر التي يخضعها فقط لغياب السبب المنسوب إلى المستأجر المدير. والمادة 833 - 1 من القانون المدني تنطبق فقط على تأثير الظروف الاقتصادية بدون أي تحديد آخر. ولا يمكن القول إنه يجب أن تكون غير قابلة للتوقع إلا أن يضاف إلى النص شرط لم يأت على ذكره. إن المادة 37 من قانون 11 آذار 1957، التي أصبحت المادة L.S- 131 من قانون الملكية الفكرية، تتسكك بتعبير «التوقع»، غير أن ذلك يطبق على إنتاج العمل وليس على الظروف التي أدت إلى توقع غير كاف من جهة المؤلف.

وعدم قابلية التوقع في الواقع ليست في ذاته، في القانون الرضعي، شرطاً لإعادة النظر أو الفسخ لسبب غير السبب المكّن للقوة القاهرة. وهذا يعني أن نظرية عدم التوقع التي رفضتها محكمة النقض لم يكرسها المشرع، على اعتبار أن عدم قابلية التوقع ليس شرطاً لتطبيق النظرية. وفي هذا تناقض. وهذا التناقض يبين أن نظرية عدم التوقع في الواقع ليست مبنية على مسلمة غير صحيحة. إنها تشدد على سبب ظاهرة ما، في حين أن المفعول الناتج في توازن العقد هو الذي يقيم له وزن بشكل أساسي. وخطأ الاستدلال يقارن بالخطأ المرتكز على أن نرى في الفسخ معاقبة عيب في الرضا يكشفه الغبن، في حين أن معاقبة عيوب الرضا هي التي موضوعها تجنب الغبن، أي اختلال التوازن بين التقديرات. والأمر يتعلق في الحالتين بإساءة استعمال مذهب سلطان الإرادة التي يقود إلى التشديد على الرضا، في حين أن هذا الرضا هو بشكل أساسي أداة تبادل متوازن⁽³⁾.

إن اختلال التوازن الموضوعي بين التقديرات، الظاهر بعد نوات الأوان، هو الذي يطرح مسألة الحفاظ التام على العقد أو إعادة النظر فيه⁽⁴⁾.

(1) C. WITZ، المرجع عنه - F. BOULANGER، La loi du 4 juillet 1984 sur la révision des charges dans les libéralités، مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، I، 3177، رقم 8.

(2) قارن بالملاحظات الأكثر عمومية، وإنما بالمشع عنه J. Voisin المصاغة في مناسبة انتقاد مماثلة لعدم التوقع بالقوة القاهرة، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 92 وصفحة 93. على أن المؤلف يرفض الفكرة التي يقتضها بشكل شطط المصنفين الغلب بعدم سماح الدعوى، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 187 وما يليها.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 253.

(4) قارن بـ RIPERT et BOULANGER، Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL، الجزء II، Obligations، Droits réels، منشورات L.G.D.J، 1957، رقم 471، صفحة 184: «إعادة النظر في العقد».

ويأخذ السيد El Gammal الذي درس المادة 147 من القانون المدني بأن عدم التوقع يرتبط بتوازن التقديرات، إن حدثاً ما ليس له في ذاته علاقة بالعقد، إن مفاعيله وحسب هي التي تؤثر في التوازن المتفق عليه سابقاً⁽¹⁾. ويستعيد المؤلف، من وجهة النظر هذه، التفرقة الذي نادى به عند دراسة العلاقات بين القوة القاهرة وعدم التوقع.

وتعبير «عدم التوقع» حمل شعاره الفقه غداة الحرب الكبرى كما يشهد على ذلك العدد الملفت للفرصيات التي ظهرت، في ذلك الوقت حول هذا الموضوع. وكان يعبر حينذاك فقط، بتأثير مذهب سلطان الإرادة، عن سبب اختلال التوازن العقدي مع تقنيع المشكلة الأساسية. وليست نظرية عدم التوقع (أو نظرية الطوارئ)، بكونها ترتبط بطبيعة حدث معزول، سوى مظهر خاص لعدالة المعارضة. إنها في ذاتها ليست لها سبب للوجود لأنها لم تكن لها على الإطلاق منفعة حقيقية، فلك بأنه منذ عام 1918 خلفت فترة عدم استقرار فترة استقرار⁽²⁾. ولذلك لا يهتم المشرع، عندما يراجعه إعادة نظر في العقد، لسبب اختلال التوازن ولا لأهميته.

وقد صدر حكم مميز عن الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض بتاريخ 14 كانون الأول 1987⁽³⁾ في شأن إعادة النظر في التقديم التعويضي المتوجب بعد الطلاق. فأخذ قضاة الأساس، لقبول إعادة النظر، «بأن الظروف التي تميز الخطورة الاستثنائية تعود إلى حالة القوة القاهرة». فقد أقاموا إذاً وزناً للحدث ذاته. فنقضت محكمة النقض هذا التحليل بحجة أن إعادة النظر في التقديم التعويضي خاضعة لشرط وحيد هو وجود ظروف ذات خطورة استثنائية ناتجة عن غياب إعادة النظر. كان ذلك تأكيداً أن المعايير التي أنتجها الحدث يجب أن يقام وزن لها وحدها.

وهكذا تقود الحلول التي يعتمدها القانون الوضعي إلى التساؤل حول ملائمة تطلب الطابع غير القابل للتوقع للحدث. ويمكن التساؤل عما إذا كان الأمر يتعلق في الحقيقة بتقدير مصلك المدين بالموجب الذي أصبح أكثر كلفة. ويمكن، في المقام الأول، في هذه الرؤية، تقدير أن المدين، إذا كان الحدث قابلاً للتوقع بشكل طبيعي في وجوده أو في نتائجه أو في وجوده ونتائجه، يكون مخطئاً لأنه أهمل ذلك. ويمكن، في المقام الثاني، وبلاستقلال عن أي فكرة خطأ، الأخذ بأن المتعاقدين تعاقدوا مع معرفتهما التامة بالوضع وقبلوا وجود ضرر غير طبيعي إلى حد ما. وعليه يجب، في الحالة الأولى، وبمقتضى مبدأ المسؤولية، أن ينفذ

⁽¹⁾ لا يتم طلبها في الحقيقة لسبب عدم التوقع، وإنما لأن التوازن بين التقديرات الذي كان قائماً في يوم إبرام العقد قد اختل خلال التنفيذ.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 398 وما يليه، صفحة 229 و 230، التي تستشهد بـ STOYANOVITCH، الأطروحة في Aix، 1941، صفحة 124.

(2) انظر A. TRASBOT، La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé، in Le droit privé français depuis 1950، L.G.D.J.، II، الجزء، Georges RIPERT، au milieu du XX siècle، 1950، صفحة 159 وما يليها.

(3) النشرة المدنية، II، رقم 265، صفحة 147.

العقد كما جرى إبرامه، وفي الحالة الثانية لأن المتعاقدين قبلاً هذه المخاطرة⁽¹⁾.
299 - يمكن، انطلاقاً من هذه الاعتبارات حول قيمة نظرية عدم التوقع، تقدير أن المشكلة الحقيقية هي مشكلة عبء مخاطر العقد.

وهكذا تم تجاوز الحماس في الجدل وأصبح منظوراً إليه بصورة أكثر موضوعية. وبإمكان واضعي العقود استلزام هذه الفكرة وإعداد بنود أبسط من عقود الاختيار⁽²⁾، بدون استبعاد بنود عدم التوقع هذه. فمن الممكن مثلاً وضع بند تعويض عن المخاطر غير الطبيعية المرتبطة وحسب بفداحة اختلال التوازن. ويصبح العقد بهذه الطريقة محافظاً عليه، على اعتبار أن إعادة النظر فيه غير مقيدة، والمخاطر غير الطبيعية تكون موزعة بإنصاف، وتغدو وظيفة التبادل المتوازن للعقد مؤمنة بشكل مرضٍ.

إن بند التعويض يبقى مثيراً لتساؤل صاغه السيد Pellerin بهذه العبارات: «هل أن بند التعويض عن خسارة أحد الفريقين، على عكس التعويض الذي يفرضه القانون العام، هو وصف شراكة؟»⁽³⁾. إن تحليل مفهوم نية الشراكة هو الذي يتيح الإجابة على هذا السؤال. وهذا المفهوم، في عرف المؤلف، يستدعي بالضرورة عنصرًا تصدياً، أي إرادة التعاون، إرادة إبرام عقد شراكة... والحال أن بند التعويض عن المخاطر لا يحوي نية كهذه. ويخلص المؤلف إلى ما يلي: «لا يمكن أن يشكل التعويض عن الخسائر لوحده نية المشاركة، ولا أن يفترض وجودها: يقتضي وجود عنصر آخر يبرز ذهنية المشاركة التي يجب إقامة البرهنة عليها. وعليه إذا كان بند التعويض عن الخسائر معزولاً فلا يمكن أن يشكل عقد شراكة. وبالمقابل، إذا دعمته إرادة الاتحاد فإنه يشكل العنصر المادي لنية المشاركة ويسوغ وصف العقد بالشراكة»⁽⁴⁾.

ج - عدم النسبة وغياب الخطأ:

300 - يفرض المشتري أحياناً، كشرط لإعادة النظر، أن لا يكون سبب اختلال التوازن منسباً إلى الضحية (المادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985). وهذا الشرط قاسي لأن له طابعاً موضوعياً صرفاً. فالأمر لا يتعلق بتقدير مسلك الضحية وإنما بالتحقق من مصدر اختلال التوازن وحسب.

إن عدم النسبة مبدأ حدوده موضوع نقاش في الفقه⁽⁵⁾، عندما يسبب الظروف الجديدة

(1) أصدر السيد REVIRIOT، في دراسة القانون السبري الذي يأخذ بإعادة النظر في العقد لعدم التوقع، الفكرة التي يفتقها ما ينبغي أن يكون معيار المخاطر المقبولة ماعوداً به إسناداً إلى معيار قابلية التوقع أو لاقابلية التوقع (الاطروحة المذكورة سابقاً صفحة 92).

(2) انظر الرقم 286 السابق وما يليه.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 284، صفحة 576.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 298، صفحة 584.

(5) انظر C. STOYANOVITCH، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 126 وما يليها. إن عدم نسبة الحدث =

في الوقت عينه فعل المدين والعوامل الخارجية. ويأخذ السيد Philippe مثلاً في هذا الصدد مقابلة تضع مصلحة الأبحاث فيها بأسرع ما كان متفقاً عليه منتجاً جديداً معزاً للإدخال في أقصر المهل في السوق مراعاةً لطلبات المنافسة. فيطرح المؤلف إذ ذاك مسألة معرفة ما إذا كان بإمكان المقابلة نسخ عقد التوريد الذي يتناول مكونات المنتج القديم⁽¹⁾.

وهذا المثال يمكن نقل مكانه في حالة المادة 98 المذكورة سابقاً. إن المستأجر المدير التزم لأن المنتج الذي صنعه الشركة الموضوعة في التقديم القضائي هو بالتالي المجلي أكثر من غيره. والحال أن مصلحة أبحاث المستأجر المدير وضعت منتجاً مماثلاً وإنما مجلياً أكثر من غيره. في تاريخ سابق للتاريخ المحدد لاكتساب الملكية. «إن تغير الظروف إذا عائد لفعل مديري في المقابلة تعمل تحت ضغط إكراهات خارجية واستقلال عن المصلحة التجارية التي تعاقبت على البيع»⁽²⁾. وهذا الظرف، في عرف المؤلف، ينبغي أن لا يكون من شأنه إعفاء المدين. «إن تغير النمط ظرف يقع، من الزاوية الاقتصادية، في كرة نشاط المدين الذي عليه أن يتحمل المخاطر طالما أنه، في المجرد، الأفضل في السيطرة على النتائج». ويضيف المؤلف: «مبدأ الكرة المجرد للنشاط أوسع من مجرد الأخرارية ويمكن أن يشمل ظروفًا لها طابع فوق الفردي كإكتشاف منتج جديد تضعه في التداول مقابلة أخرى، غير أن مفعول تجيره جعل المنتجات المصنوعة انطلاقاً من مكونات تشكل موضوع عقد التوريد المنازع فيه غير مفيدة»⁽³⁾.

وهذا التحليل غير متقن بكامله. وبالفعل إن نشاط المدين ذاته، في الحالة الأولى، هو الذي يحرم اكتساب الملكية المخطط له من المنفعة. فالسبب إذاً، جزئياً على الأقل، منسوب إلى المدين. والظروف، بالمقابل، في الحالة الثانية، خارجية عن شخص المدين، حتى ولو كانت داخلة في «الكرة المجردة للنشاط». إن التصور الذي يدافع عنه السيد Philippe توسعي أكثر من اللازم؛ فتقلبات السوق يمكن أن تغلت كلياً من إرادة المدين، حتى ولو كان أحد الفاعلين في السوق المعنية. وهكذا لا يمكن قبوله لتطبيق المادة 98، الفقرة 2. ينبغي ويكتفي أن لا يكون سبب اختلال التوازن في شيء منسوباً إلى المستأجر المدير.

على أن عدم النسبة ليست مفروضاً دائماً. فمن غير المهم في مجال التأمينات أن يكون تفاقم المخاطر من فعل المؤمن أم لا (المادة 113-4 L. من قانون التأمينات). فالأمر يتعلق بالفعل بحماية المؤمن مع الحفاظ على حقوق المؤمن.

الحاصل لم يكن يشكل النسخ بعدم سماع الدعوى ما دام أن المتعاقد عمل لمصلحة جماعية أسى متميزة من مصلحة الخاصة. وهكذا يكون بإمكان عامل شارك في إضراب وليس في استطاعته دفع بدل الإيجار التمسك بنظرية عدم الترفع، إن تحليلاً كهذا لا يمكن الأخذ به لأنه يتجاهل تماماً مبدأ المسؤولية الذي بمقتضا، يتحمل كل من هو أهل للحق نتائج أعماله.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 827.

(2) D.-M.PHILIPPE، المرجع فيه.

(3) D.-M.PHILIPPE، المرجع فيه.

إن قبولية دعوى إعادة النظر أو الفسخ خاضعة أحياناً، بالمقابل، لغياب خطأ المدعي الموجود في وضع صعب. فالمادة 900 - 5 من القانون المدني نص على أن: «الشخص المتبرع له عليه تسوية العناية التي قام بها في فترة تنفيذ موبجاته». ولا يستطيع الموهوب له أن يكتفي بنحو الأحداث، عليه استخدام جميع الوسائل الكفيلة بمنع حصول الضرر. ويقدر مسلكه بصورة ذاتية وليس بشكل موضوعي، كما في حالة المادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985. وذلك تطبيق لمبدأ أحسن النية في تنفيذ العقد الذي تذكر به المادة 1134، الفقرة 3، من القانون المدني.

ويلاحظ في النهاية، في القانون الوضعي، أن تكيف العقد المتعاقب، أو فسحه، مع حصول إختلال التوازن بين التقديمات التبادلية لاحقاً لتكوينه، ليس خاضعاً لشروط مشتركة في بدء العمل. وغياب قاسم مشترك، في ما يتعلق بشروط إقامة وزن لاختلال التوازن، يعزز الفكرة الصادرة سابقاً في أن عدم التوقع، كما جرى تقديمه، نظرية خاطئة.

إن المشرع لا يهتم إلا بتأمين توازن في تنفيذ عدد معين من العقود. وتعمز دراسة أهمية اختلال التوازن ومعاينة عدم التوقع هذا الرأي أيضاً.

II - أهمية لختلال لتوازن

301 - غياب القواعد العامة.

تخلق الظروف الاقتصادية اختلال توازن بخطورة معينة⁽¹⁾. وليس ثمة عدم توقع عند وجود مجرد تأخير في تنفيذ العقد، حتى ولو كان هذا التأخير نتيجة حدث غير قابل للتوقع، في غياب أي اختلال جلي في التوازن⁽²⁾.

ويحدد المشرع أحياناً، عندما يقيم وزناً لعدم التوقع، عتبة يقتضي تجاوزها لتكون إعادة النظر ممكنة. وذلك حالة القانون حول الملكية الأدبية والفنية (ضرر يفوق سبعة من اثني عشر) والمادة 833 - 1 من القانون المدني (عتبة الربيع). ولا يملك القاضي في هاتين الفرضيتين أي سلطة تقدير.

وترك المشرع، أحياناً، بالمقابل، للمحاكم القيام بتقدير أهمية اختلال التوازن. وينص قانوناً 4 تموز 1984 و25 كانون الثاني 1985 على ذلك. من المعقول، في ما يتعلق بمسألة واقعية، أن لا تمارس محكمة النقص رقابة لتقدير الذي قام به قضاة الأساس. ثمة مجازفة في التعسفي بلا جدال، حتى ولو كانت الحرية التي يتمتع بها القاضي، بالمقابل، تتيج مرونة معينة في تطبيق القانون.

ليس هناك في النهاية أي قاعدة عامة في هذا الشأن.

(1) PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، الملوكوين آتفاً، رقم 387، صفحة 537.

(2) FYOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 83 و84.

III - آونة تقدير عدم التوقع

302 - يجب تقدير عدم التوقع، من حيث المبدأ، في آونة تنفيذ العقد.

على القاضي أن يضع نفسه في يوم تنفيذ العقد وليس في يوم تكوينه لتقدير أهمية اختلال التوازن⁽¹⁾.

وهذا هو السبب الذي من أجله، في حالة وعد أحادي الجانب بالبيع، لا يعود اختلال التوازن الاقتصادي المقدر في يوم استعمال الخيار (وليس في يوم توقيع الوعد) إلى مجال عدم التوقع وإنما إلى مجال الغبن⁽²⁾. ولم يتم الاجتهاد بتوسيع مدى هذه القاعدة. ففي 27 كانون الثاني 1953 حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض⁽³⁾ «بأنه إذا كان يجب تحديد قيمة المال المباع، وعند الانقضاء وجود غبن يفسح في المجال للفسخ في اليوم الذي يعلن فيه المستفيد من هذا الوعد استعمال الخيار، فإن القضاة، على عكس ذلك، يجب أن يضعوا أنفسهم في تاريخ الوعد للبحث عما إذا كان الشمن المتفق عليه كان جدياً... وأن قضاة الأساس يبنوا شرعاً أن التغيرات النقدية التي كان يعود إلى الواعد أن يحمي نفسه منها لم يكن من شأنها أن تؤدي إلى بطلان البيع لعدم وجود ثمن جدي».

وتتوقف آونة تقدير عدم التوقع أحياناً على الظروف التي ترافق تكوين العقد. وبما أن المشتري يأخذ في جلة الحدث الذي له مفعول مخلّ بمجرد جهل المدين، فإن القاضي يضع نفسه في الواقع في يوم إبرام العقد⁽⁴⁾. وفكرة الغبن بالتالي هي التي يؤخذ بها أكثر من فكرة عدم التوقع.

الفقرة 2 - العقوبات

303 - النقاش حول طبيعة المعاقبة.

ناقش المؤلفون طبيعة معاقبة عدم التوقع.

ففي عرف السيد Voiron: «إن المعاقبة الوحيدة الملائمة هي إعادة النظر في كيفيات العقد، وتكييفها مع الظروف الجديدة من أجل الحفاظ في معادلة ما على الأهداف العقدية والمناخ الاقتصادي والاجتماعي»⁽⁵⁾. ويغزو تعليق العقد كيفية لإعادة النظر⁽⁶⁾.

(1) انظر تكوين العقد، رقم 777.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 778. وعلى تعريض ذلك: TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Les Obligations, رقم 442.

(3) مجلة تسمر العدل، 1953، الأسبوع الأول، رقم 258.

(4) انظر الرقم 288 السابق.

(5) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 198.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 205 وصفحة 206.

ويكون الفسخ المترافق مع عطل وضرر معتلين معاقة لعدم التوقع كذلك⁽¹⁾. وهكذا يقبل المؤلف أن الفسخ يمكن أن يوصل إلى نتائج قريبة من إعادة النظر⁽²⁾، شرط أن يقترن بعطل وضرر⁽³⁾، ذلك بأن الأمر يتعلق بتوزيع المخاطر غير المتوقعة. بيد أن إعادة النظر ينبغي أن لا تقود على الإطلاق إلى إلقاء عبء المخاطر بكامله على عاتق المتعاقد الذي لم يكن مباشرة ضحيتها.

ويؤكد السيد Auvorny-Bennetot، على العكس، أن العلاج الوحيد لعدم التوقع هو إعادة النظر في العقد⁽⁴⁾.

وبالنسبة إلى السيد Fyot، الذي يستبعد من دراسته التعهدات التي تناول مبلغاً من النقد، المعاوضة الطبيعية لرفض التنفيذ هي فسخ العقد مع عطل وضرر⁽⁵⁾. فالتنفيذ القسري هو بالفعل غير قابل للممارسة، من حيث المبدأ، عندما يحوي الموجب عملاً أو سلسلة أعمال يرفض المدين القيام بها. ولا يبدو التنفيذ، مع أنه ممكن عندما يرتكز الموجب على تسليم عين (شيء معين)، عند ذلك ملائماً ولا مأمولاً. ويظهر الفسخ المقترن بعطل وضرر وحده ممكناً إذن، غير أن تحديد العطل والضرر يكون تبعاً لعدم التوقع⁽⁶⁾. وهكذا يتلخص استدلال المؤلف بالقياس. إن عدم التوقع يفترض زيادة غير متوقعة في قيمة الشيء. والحال أن هذه الزيادة (فائض القيمة) يجب أن تصلح كأساس لتقويم العطل والضرر. يتج من ذلك، طالما أن قاعدة التخمين أعلى من التوقعات، إن على القاضي تحديد المسؤولية التقبيلية للمدين⁽⁷⁾. وقانون «Failliot» بتاريخ 21 كانون الثاني 1918 جرى تقديمه، بصواب، كتطبيق لهذه المبادئ⁽⁸⁾.

ويأخذ مؤلفون آخرون أيضاً بالفسخ كأحد الحلول الممكنة، بدون أن يقدموا في شأنها تسويات حقيقية⁽⁹⁾.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 207.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 209.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 212.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 30.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 66 وما يليها.

(6) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 78 وما يليها.

(7) الأطروحة الألف ذكر، صفحة 80 وما يليها.

(8) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 134 وما يليها.

(9) J.LARGUIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الأولى، رقم 1 - J.L.MOURALIS.

موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، 1973، رقم 1. وقد تخصص السيدان MAZEAUD

و CHABAS نظرية عدم التوقع تحت عنوان الفسخ القضائي (دروس في القانون المدني، الجزء II، المجلد

1، الموجبات: نظرية عامة، رقم 733 وما يليه).

304 - ينشئ القانون الوضعي المعاقبة للهدف المنشود.

ليس ثمة أي قاعدة عامة في هذا الشأن: فالمشرع يختار العلاج الذي يبدو الأنسب. ولذلك يعتمد إعادة النظر في العقد (المادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985)، والفسخ (قانون «Failliot») المقترن بعطل وضرر أم لا أو كذلك مجرد التعليق (قانون «Failliot»). وينسق أحياناً بين العقوبات المختلفة المادة L.4-113، والمادة L.7-113 من قانون التأمينات).

والمشرع، بالنص على معاقبة محددة، يحرم المحاكم من سلطة الاختيار. وهكذا، إذا كانت المحكمة تمتلك بمقتضى المادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985، سلطة تعديل شروط الشراء المحددة في الأصل لاستعادة المال المعطى للإدارة، فليس بإمكانها، بالمقابل، فسخ العقد، إذ استبعد المشرع هذه الإمكانية في سبيل تأمين استعادة المال واستثماره. ويظهر الفسخ ممكناً بدرجة أقل عندما تكون المعاقبة السوية لرفض اكتساب الملكية إمكانية إجراء التصوية القضائية في مكان المستأجر المدير (المادة 98، الفقرة 1).

بيد أن سلطات القاضي يمكن أن تكون أكثر اتساعاً. فالمادة 900 - 4 من القانون المدني تنص على ما يلي: «بإمكان القاضي الذي يراجع لطلب الفسخ، حسب الحالات حتى تلقائياً، إما تخفيض التقديرات التي تثقل التبرع من حيث مقدارها أو دوريتها، وإما تعديل موضوعها باستلهاً نية المتعاقدين، وإما جمعها ثانية أيضاً مع تقديرات مماثلة ناتجة عن تبرعات أخرى. وفي وسعه السماح بالتصرف بالأموال التي تشكل موضوع التبرع كلاً أو جزئياً بالأمر باستعمال الثمن لغايات لها علاقة بإرادة المتصرف.

القسم 3

محاولة تركيب

305 - يظهر وصف القانون الوضعي سلسلة حالات يتيح عدم التوقع فيها - المعبر اختلال توازن موضوعياً - السماح بتعديل العقد أو فسخه، وهذه الحلول الناجمة عن أحكام خاصة، من مصدر قانوني جميعاً، هل أن لها تسيغاً، أساساً منطقياً مشتركاً، يمكن أن يستتج منه النظام العام لعدم التوقع؟ هذه المسألة الأولى تهم القانون الوضعي.

وينبغي كذلك التساؤل، على قرار تشريعات أخرى، عما إذا كان من المناسب بحكم القانون الواجب الأخذ به، تنفيذ الحلول الاستثنائية والمبعدة التي تعاقب عدم التوقع مع نص ذي مدى عام يعطي المحاكم، ضمن شرط مغبنة، سلطة إعادة النظر في العقود التي يتناولها عدم التوقع أو فسخها؟

من المناسب إذاً تحديد الأساس القانوني لمعاقبة عدم التوقع في القانون الوضعي، قبل التساؤل بحكم القانون الواجب الأخذ به حول ملائمة نص ذي مدى عام يعاقب عدم التوقع.

الفقرة 1 - الأسس القانوني لمعاقبة عدم التوقع

306 - بعد عرض الفرضيات التي جرى تقديمها لتسيغ نظرية عدم التوقع والتي أخفقت جميعاً، سنبين أن الأساس القانوني لإعادة النظر أو الفسخ يمكن البحث عنه في المبادئ الموجهة التي تسوس النظرية العامة للعقد.

I - محاولات التركيب وفشلها

307 - بتد الإسناد إلى المعالجة التي كانت قائمة والمادة 1156 من القانون المدني. بعض المؤلفين بحث في إرادة مفترضة للفريقين عن أساس نظرية عدم التوقع⁽¹⁾، فكتب

(1) انظر تعليق Sirey, A. WAHL، 17 1916، J. LARTIGOLLE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 113 وما يليها.

Bomsel : «عدم التوقع هو إذاً في نهاية المطاف البند الضمني الذي بمقتضاه، وفي أي عقد ملزم للطرفين، يتحفظ الفريقان المتعاقدان للذات تعاملاً في ظروف طبيعية، لجهة الحالة التي يشهد فيها، عقب أحداث غير متوقعة، تنفيذ أحد الموجبات، بالنسبة إلى موجب الآخر، مكلماً للغاية»⁽¹⁾. وهذا البند مرتبط بالمادة 1156 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: «يجب البحث في الاتفاقيات عما كانت عليه نية الفريقين المشتركة بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للتدابير». إذن كان الرجوع إلى إرادة الفريقين المشتركة لتسوية قبول نظرية عدم التوقع.

وفي سبيل دحض هذا التحليل جرى بيان أن القاضي ليس بإمكانه، بلزوجة التفسير، تشويه المستند الخطي، وأن القاضي، عندما يفسر العقد، ينبغي أن لا يقيم وزناً إلا لآؤفة إبرام العقد وسلطة تفسيره لا يمكن أن تماثل بسلطة إعادة النظر⁽²⁾. وقد أدان Ripert أخيراً بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة بملاحظة أنه مناقض لطبيعة العقد الاقتصادية وهو عمل توقع⁽³⁾.

ومن الملائم، إضافة إلى ذلك، ملاحظة أن القانون الانكليزي، إذا كان يقبل، إلى حد ما، بنظرية عدم التوقع عن طريق مفهوم الحرمان⁽⁴⁾، فإنه لا يأخذ بإرادة الفريقين أو بتفسيرها كأساس، وإنما يبنى تحليلاً اقتصادياً⁽⁵⁾.

308 - حسن النية والإنصاف (المادة 1134، الفقرة 3، والمادة 135 من القانون المدني).

جرى الإدعاء بأن القواعد الخلقية لحسن النية والإنصاف تمنع الدائن من الإثراء بمضرة المدين عندما تكون نتيجة الظروف الجديدة خراب المدين⁽⁶⁾.

إن هذه الفكرة البسحاء لا يمكن ربطها بالقانون المدني. وكما لاحظ Capitant⁽⁷⁾ ولا يميز أي نص في القانون المدني لأحد المتعاقدين أن يطلب الاسترداد بلزوجة أن الأحداث اللاحقة تجعل تنفيذ موجب أصعب... «والفقرة 3 من المادة 1134 لا تنشأ سبباً خاصاً

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 11.

(2) باريس، 1937، صفحة 32 وصفحة 63. C.-M. POPESCU, *Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé*.

(3) La règle morale... صفحة 146 وصفحة 147 وكذلك M. EL GAMMAL الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 239، صفحة 138.

(4) انظر الرقم 316 للاتح.

(5) انظر P. VANOMMESLAGHE, *Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux*، مجلة القانون الدولي والقانون المقارن، 1980، رقم 13، صفحة 18 وصفحة 19.

(6) انظر بهذا المعنى B. NAQUET، تعليق على حكم التقاضي المدني في 10 آذار 1919، S. 1920، 1، 105.

(7) التعليق D. 1916، 2، 33.

للفسخ. إنها تعني وحسب أن على الفريقين أن يتصرفا بحسن نية أي أنه ليس عليهم فعل ما هو معبر عنه في العقد وحسب، وإنما كذلك ما يتطلبه الإنصاف أو العادة أو القانون، حسب طبيعة الموجب... فوعليه ليست هاتان الفقرتان الأخيرتان من المادة 1134 سوى بسط المبدأ المصاغ في الفقرة الأولى، ومن الخطأ التفرع به لدعم فرضية مناقضة لهذه القاعدة. إن حسن النية الوارد في المادة 1134، الفقرة 3، يتعلق بامتداد الموجب وليس بوجوده. أما الإنصاف فموضوعه تحديد نتائج الاتفاقية وحسب بدون تحديد قوة العقد الملزمة⁽¹⁾.

يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض أدانت بحزم هذه النظرية. فحكمت الفقرة التجارية، في 2 كانون الأول 1947، بأن القاضي، إذا كان الإنصاف، أو العادة، سنداً للمادة 1135 من القانون المدني، فيجب أن يقيم وزن لكليهما في تفسير العقود والنتائج التي تقود إليها، فليس في وسعه المصكك بهما لإعفاء أحد المتعاقدين من إتمام تعهداته الواضحة والدقيقة التي ألزم بها بحرية⁽²⁾. وهكذا لا يسع المحاكم تخفيض مقدار موجب المدين استناداً إلى العادتين 1134، الفقرة 3، و1135 من القانون المدني.

309 - نظرية Voinin⁽³⁾.

لم يحظر القانون، حسب Voinin، نظرية عدم التوقع، فسكوت النص لا يمكن أن يماثل بالمنع. والبحث عن الأساس القانوني لعدم التوقع يستوجب، في عرضه تحليل مفهوم العقد. ويقترح فريق سبب العقد عن هدفه، ويستبعد الب كسبوغ لعدم التوقع. وبالمقابل، يكون الهدف الذي يشده الفريقان قابلاً لأن يسوّغ تكييفاً ضرورياً⁽⁴⁾. فنية الفريقين المشتركة التي تنشئ علاقة ملزمة لا تستحق أن تنتج مفاعيلها إلا بمقدار ما تكون في خدمة الأهداف المتوافقة مع القاعدة القانونية⁽⁵⁾. وهكذا يرد المؤلف النظرية التي يكون الب بمقتضاها، بالإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة، مضراً دائماً في العقود، لأنه يفترض تفسير الإرادة التي لم توجد في الحقيقة على الإطلاق. والنجوء إلى هذا البند لا يهدف إلا لإكمال إرادة الفريقين⁽⁶⁾.

ويحدد Voinin مدى مبدأ سلطان الإرادة بإبرام العقد، أي بما إراد الفريقان فعله، عقد عمل أو إيجار مثلاً. ولكن عندما تتغير الظروف، بدون أن يزول الهدف المنشود، ثمة مجال لتبني كليات تنفيذ العقد من أجل أن تعاد لها أهليتها الأولى في تحقيق الأهداف التي تحدد

(1) R. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, الطبعة الثانية، باريس، 1948، رقم 119 وما يليه.

(2) مجلة نصر العدل، 1948، I، صفحة 36.

(3) De l'imprévision dans les rapports de droit privé، الأطروحة في نانسي، 1922. - فرعية تيناسا De Harven، DEMOGUE، اللذان استشهد بهما Demogues المذكور سابقاً، صفحة 685 وصفحة 696.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 118 وما يليها.

(5) الأطروحة المشار إليها آنفاً، صفحة 128.

(6) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 131 وصفحة 132.

وجوده»... «إنه تكييف الإرادة الذي لا يتم وفقاً لإرادة مفترضة وإنما تبعاً للمضمون الموضوعي الجديد للقاعدة القانونية»⁽¹⁾. ويفترض أن الفريقين قد قبلوا بصورة يتعذر ردها تكييف الكيفيات المشترطة، ذلك بأنهما، في حال غياب ذلك، يكونان قد أبديا الرغبة في انتهاك القاعدة القانونية⁽²⁾. وفي النهاية يعود تكوين العقد إذاً إلى مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن كليات التنفيذ تفلت من المتعاقدين لكي تستلم للظروف للوصول إلى الهدف المنشود وفقاً للقاعدة القانونية.

غير أن هذا التحليل، مهما كان بارعاً، لا يمكن الأخذ به، فهذه النظرية الهادفة إلى تحديد مجال سلطان الإرادة وربط نظرية عدم التوقع بالقانون نفسه تصطدم بعقبة يتعذر تجاوزها. فالقانون لم يكرس مبدأ تكييف العقد مع الظروف الاقتصادية الجديدة. والمادة 1134، الفقرة 1 من القانون المدني هي، على العكس تماماً، بيان لرد نظرية عدم التوقع.

يضاف إلى ذلك أنه ينبغي عدم الخلط بين تكييف العقد بسبب صدور قانون جديد وتكييف العقد بسبب حصول ظروف واقعية جديدة. والحال أن Voirin لم يفعل غير ذلك. إنه يماثل، عن طريق مفهومه للعقد، تغيرات الظروف الواقعية بالتغيرات التشريعية التي تعدل وحدها النظام القانوني وتفرض أحياناً تعديل العقد.

310 - نظرية Fyot⁽³⁾.

ترتكز هذه النظرية على تفسير معين للمادة 1150 من القانون المدني وبمقتضاها: «المدين غير ملزم إلا بالمثل والضرر المتصوص عليهما في العقد أو كان يمكن أن ينص عليهما عند إبرام العقد، عندما لا يكون الموجب قد نفذ على الإطلاق وإنما لم يكن ذلك عن طريق الخداع (أو التدليس). ويحلل المؤلف هذا النص متنبئاً مفهوم Rau و Aubry⁽⁴⁾ - وهكذا يأخذ بأن «المدين حسن النية... غير ملزم إلا بالتعويض الذي يحل مبلغ الضرر الذي كان يمكن أن يتضمنه العقد وليس أبعد من ذلك»⁽⁵⁾. وهكذا ترتبط المادة 1150 من القانون المدني، من وجهة النظر هذه، قانوناً بمقدار التعويض وليس بسبب الضرر وحسب.

ويشير Fyot، دعماً لفرضيته، سلطان Pothier الذي يعلق عليه. وهكذا يلاحظ من ملهم القانون المدني تفحص مسألة عدم التوقع في مظهرين، أي سبب الضرر ومدا، عندما لا يكون عدم التنفيذ خداعياً⁽⁶⁾ ويقدر أن واضعي مدونة القانون المدني تبشروا هذا

(1) الأطروحة الألفية الذكر، صفحة 136.

(2) الأطروحة الثالثة الذكر، صفحة 137 وصفحة 136.

(3) Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des

objets autres qu'une somme d'argent، أطروحة لي ديجون، 1921.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 18 وصفحة 32 وما يليها.

(5) الأطروحة الألفية الذكر، صفحة 32. المؤلف هذا الذي يشدد على ذلك.

(6) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 34 وما يليها.

التحليل⁽¹⁾. ولن يكون المدين ملزماً إلا بالضرر المتوقع وفي النصاب المتوقع أيضاً في يوم إبرام العقد، وانطلاقاً من هذا التحليل يبنى المؤلف نظريته لعدم التوقع.

ينبغي، وفقاً لهذه الفرضية، استبعاد المادة 1149 من القانون المدني في حالة تخلف المدين ذلك بأنه اعتماداً يكون ثمة عدم توقع في العقد يقتضي أن تحدد المادة 1150 مسؤولية المدين النقدية⁽²⁾ وعندما ينفذ هذا المدين مع ذلك تقديمه تكون المادة 1150 أيضاً منقولة للتطبيق وعلى الدائن أن يدفع تكملة للثمن بصفة تعويض⁽³⁾. ويلخص المؤلف فكرته على النحو التالي: «إن سبب تحديد الإنصاف الذي تتضمنه المادة 1150 ليست علة وجوده عدم تنفيذ الموجب العقدي وإنما عدم توقع القيمة النقدية للتقديم؛ وهكذا يسيطر، في عرفنا، على الظروف ويتجاوز الإطار الضيق لتحديد العطل والضرر؛ فمن الواجب تطبيقه على كل حال: يبقى الدائن، سواء ترك المدين نفسه بدان بتعويض نقدي أو نفذ ما عليه، ملزماً، على ما نعتقد، بتحديد حقوقه في فائض القيمة المحتمل للشيء المتوجب له بالحد الأقصى القابل للتوقع، لأن المدين يفترض أنه وافق بصواب على الالتزام بهلذا النصب القابل للتوقع⁽⁴⁾». وأخيراً يجب أن لا يعامل المدين الذي قام بموجبه بأسوأ من الذي لا ينفذ موجبه.

إن هذه الفرضية كانت موضع انتقاد. فقد جرى بيان أن التحليل يركز حصراً على فكر Pothier الذي ليست له قوة القانون، وقد استبعد واضعوا مدوّنه القانون المدني بصعوبة، لدى صياغة المادة 1150، قابلية توقع مقدار الضرر⁽⁵⁾. كما أنه جرى الاعتراض بأن المادة 1150 تتعلق حصراً بمسألة المسؤولية الغربية عن نظرية عدم التوقع⁽⁶⁾. وكان الحكم أخيراً بأن أحكام المادة 1150 تتعلق فقط بالتوقع أو بقابلية التوقع في صدد العناصر المكونة للضرر وليس بالمعادل التقديرات الواجب التعويض عنه⁽⁷⁾. فالمادة 1150 من القانون المدني لا يمكن أن تكون أساساً لنظرية عدم التوقع لأنها، بكل بساطة، لا تتعلق بها.

(1) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 46 وما يليها، لاسيما صفحة 50.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 99.

(3) الأطروحة المذكورة آنفاً، صفحة 196 وما يليها.

(4) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 199، بأحرف منخنية في النص.

(5) VOIRIN، الأطروحة الأتمة الذكر، صفحة 78 وصفحة 79.

(6) Obligations، WEILL et TERRÉ، الطبعة الرابعة، رقم 378.

(7) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 آذار 1985، D.1985، صفحة 448 - أول حزيران 1959- D.1959، صفحة 454 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الأول 1983، النشرة المدنية، I، رقم 287، صفحة 257، D.1984، صفحة 124 من التقرير. وقد لاحظ VOIRIN أن قضاء الأساس تبرأ هنا التحليل في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 77، التعليق 2، الاجتهاد المستشهد به.

311 - تحليل Magnan de Borrier⁽¹⁾.

يبين هذا المؤلف أولاً أن واضعي مدونة القانون العدني أدانوا نظرية عدم التوقع. ويسأل عند ذلك: «لماذا الامتناع عن البحث في المدونة عن تسويق للمبدأ الذي تدنيه المدونة»⁽²⁾.

والعقد في عرفه، اجتماع عنصر ذاتي، هو الإرادة، وعنصر موضوعي خارجي عن الفريقين، هو الثمن العادل. والحال أن القاعدة الخلقية تمنع فقط على المتعاقد إنكار وعده. وعنصر الإرادة محدد نهائياً في فترة إبرام العقد، غير أن الإرادة ليس لها أي تأثير على العناصر الخارجية عن العقد التي تؤثر في الثمن. وهكذا ليس في وسع القاعدة الخلقية أن تقف في وجه قبول نظرية عدم التوقع⁽³⁾. وحصول أحداث غير قابلة للتوقع يدمر العنصر الموضوعي للعقد ويحدث هكذا إثراء غير عادل لأحد الفريقين⁽⁴⁾. يضاف إلى ذلك أن صلاية العقد تنتج أحياناً مفاعيل سلبية في مجمل الاقتصاد، ويقترح المؤلف عندها قبول بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة في القانون الخاص، بالطريقة عنها التي يؤخذ بها في القانون الدولي العام⁽⁵⁾. وبيني، باستعادة تحليل مجلس الدولة، عدم التوقع على مبدأ المنفعة الاجتماعية. والسؤال الوحيد الذي على القاضي أن يطرحه على نفسه هو معرفة ما إذا كان من المفيد اجتماعياً تنفيذ العقد بدون تعديل أو نسخ⁽⁶⁾.

إن التحليل يركز على أساس موضوعي أكيد. بيد أن المشتري، عن خطأ أو عن صواب، قدر أن صلاية الرباط القانوني الناتج عن العقد مفيد اجتماعياً في القانون الخاص. فإذا ما ظهر الأساس المقترح وثيق الصلة بالموضوع، فإن مسألة عدم التوقع تعود نهائياً إلى اختيار السياسة التشريعية، كما يبين ذلك المؤلف نفسه، ولن يكون في وسع المحاكم مخالفة حرفية نص مهما كان منتقداً.

312 - إثراء الدائن ليس بدون سبب ما دام أن مصدره في عقد مكوّن شرعاً.

تهدف دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب، المبينة على الإنصاف، إلى إقامة نوع من التوازن بين ذمتين ماليتين. ومما لا جدال فيه، في حالة عدم التوقع، أن أحد الفريقين أثرى وأن الفريق الآخر افتقر. وإثراء المدين ليس مع ذلك بلا سبب. وقد حكمت محكمة النقض على هذا النحو: «الإثراء سبب مشروع عندما يكون مصدره عمل قانوني، حتى ولو أبرم بين

(1) Essai sur la théorie de l'imprévision، أطروحة في مونيبييه، 1924.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 76.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما صفحة 112 وما يليها.

(4) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 117 وما يليها.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما صفحة 126.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما صفحة 134.

من أثرى وشخص آخر⁽¹⁾. فالعقد هو مصدر إثراء أحد الفريقين، وهذا السبب يكفي لاستبعاد أي دعوى تعويضية⁽²⁾. وهكذا لا يمكن أن يكون عدم التوقع مبنياً على نظرية الإثراء بلا سبب.

313 - لا يمكن أن يسوّغ الغلط، وهو عيب في الرضا، نظرية عدم التوقع.

يقدر الغلط المثار، من حيث المبدأ، في يوم إبرام العقد⁽³⁾. والحال أن نظرية عدم التوقع تفترض إقامة وزن لاختلال التوازن الاقتصادي الظاهر لاحقاً لانتفاء الإرادتين. ليس إذاً ثمة أي غلط بمعنى المادة 1110 من القانون المدني بسبب عدم توقع تغير الظروف.

إلا أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض حكمت، في 13 كانون الأول 1983⁽⁴⁾. بأن للمضحية الحق في التمسك بالعناصر اللاحقة لتكوين العقد لكي تثبت غلطها مما يدعّر إلى الاعتقاد أن الغلط لا يقدر حصراً عند تكوين الاتفاقية. على أن أحد المؤلفين لاحظ أن: «الغلط ينبغي أن يقدر بالنظر إلى الصفات الداخلية والموضوعية للشيء كما كانت موجودة في فترة العقد، وهذه الصفات يمكن على السواء أن تكون محددة عن طريق عناصر سابقة ومعاصرة أو عن طريق العقد⁽⁵⁾. وفي هذه الرؤية لا يعاد النظر في الصبد الذي بمقتضاه يجب أن تكون الصفات الموضوعية موجودة بتاريخ العقد. ينتج عن ذلك أن زوال هذه الصفات، أي الظروف التي كانت موجودة في الأصل، لا يمكن أن يسوّغ قبول عدم التوقع في القانون الوضعي على أساس الغلط.

وبإمكان المتقاضين تجنب الصعوبة بالتمسك بأنهم التزموا باعتقادهم أن الظروف لن تتغير، أو أن توازن العقد لا يمكن أن يحافظ عليه. فيدعون عند ذلك أنهم كانوا ضحايا الغلط. إن استدلالاً كهذا لن يكون فعالاً ذلك بأن الغلط المتمسك به لا يتناول سوى أسباب التسويغ ولا يمكن أن يعاقب على أساس المادة 1110⁽⁶⁾. وإذا ما تم قبول برهنة كهذه فإن بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة يكون قد تم ادخاله مباشرة في قانوننا الوضعي.

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 أيار 1988، النشرة المدنية، III، رقم 63، صفحة 184؛ المجلة الفعلية للقانون المدني، 1987، 546، ملاحظة J.MESTRE - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 شباط 1976، النشرة المدنية، III، رقم 77، صفحة 58 - الغلط المدني في 28 شباط 1988، D.P. 1940، 1، 5، تعليق RIPERT.

(2) بالمعنى عند RIPERT et BOULANGER، *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*، الجزء II، المراجعات، الحقوق البتية، منشورات L.G.D.J.، 1957، رقم 471، صفحة 184.

(3) انظر تكوين العقد رقم 492.

(4) D. 1944، صفحة 340، تعليق J.-L. AUBERT - فهرس Deflaois، 1984، صفحة 1317، ملاحظة J.L. AUBERT؛ مجلة قصر العدل، 1984، 1، 158، تعليق J.B. مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، II، 20186، طلبات GULPHE؛ المجلة الفعلية للقانون المدني، 1984، 109، ملاحظة Fr. CHABAS.

(5) J.L. AUBERT، الصلح المذكور سابقاً صفحة 343.

(6) انظر تكوين العقد، رقم 509.

وبالطبع لا يمنع أي نص قانوني على المتعاقدين اعتبار اتفاقهم على الحفاظ على الظروف أو التوازن العقدي الذي أراداه في الأصل شرطاً⁽¹⁾، والغلط، وهو يؤدي إلى بطلان العقد، يشكل العقبة الأخيرة أمام قبوله كأساس لنظرية عدم التوقع. ولا يمكن، من حيث المبدأ، أن يعود إلى تبنيها، مع أن حكماً قديماً أخذ بأن الغلط في طبيعة الانقراض التي يجب تنفيذها يمكن أن يعاقب بتعديل شروط العقد المالية⁽²⁾.

II - التوفيق بين المبادئ الموجهة للعقد

314 - تعبر إعادة النظر في العقد، أو نسيجه، عقب حصول اختلال موضوعي للتوازن بين التقييمات المتبادلة، والقانون الوضعي يأمر به، من البحث عن التوازن بين العادل والمفيد.

للعقد قوة ملزمة لأنه مفيد شرط أن يكون عادلاً⁽³⁾. فإذا ما حصل، لاحقاً لالتقاء الإرادتين، إن زال أحد هذين الأساسين، هل يجب أن يحافظ على العقد كما هو؟ بهذه العبارات ينبغي أن تطرح مسألة عدم التوقع، وهكذا بالفعل طرحت تاريخياً. بيد أن الفقه لم يوجه، على وجه العموم، تفكيره إلا إلى أحد هذين الأساسين للقوة الملزمة للعقد، أي عدالة المنفعة الاجتماعية بضرورة الأساس الثاني وهو المنفعة الاجتماعية. وقد جرى التساؤل، غداة الحرب الكبرى، عما إذا كان من العدل أن يضطلع أحد الفريقين وحده بالعبء الذي يولده اختلال التوازن الاقتصادي. فمبدأ عدالة المعايضة يستدعي بالطبع جواباً سلبياً. على أن المنفعة الاجتماعية للعقد التي يستنتج منها مبدأ الأمن القانوني ألم تكن تكافئ لصالح الحفاظ على الرباط القانوني بدون تعديل؟ لقد أعطت محكمة النقض جواباً إيجابياً على ذلك. ويمكن أن يستنتج معه أن الاختلال الموضوعي للتوازن بين التقييمات الذي يجعل تنفيذ العقد غير عادل لا يحرم العقد بالضرورة من أي منفعة اجتماعية، مما يسوغ الحفاظ عليه بدون تكييف⁽⁴⁾. إن اختلال التوازن على الأقل، حتى ولو كانت خطورة معينة، لا يكفي لاستبعاد فريضة المنفعة الاجتماعية للعقد وهو عمل توقع. ولا يمكن قلب هذه القرينة.

إن الأمر هنا يتعلق بالمنفعة الاجتماعية وليس بالمنفعة الخاصة التي يتم التوصل إليها باختلال توازن التقييمات. ومن المعروف بالفعل أن المنفعة الخاصة للعقد ليست شرطاً

(1) انظر تكوين العقد، رقم 491.

(2) القرض المدني في 27 حزيران 1473، D.74، 1، 1332، S.73، 1، 330.

(3) انظر تكوين العقد رقم 266 وما يليه.

(4) قارن : A. SÉRIAUX, Droit des obligations, منشورات PUF، 1992، رقم 46، الذي يأخذ بأن رد نظرية عدم التوقع مسوّغ بواقع أنه ليس ثمة في الحقيقة أي ظلم لأن «العدالة تأمر فقط بتصحيح المسالك الظالمة (إرادياً)». والمحال أن اختلال التوازن في التقييمات لم يكن يبرره المستفيد. ولا يمكن الانتعاش بهذا التعليل الذي يجعل العدل والظلم مرتكزين على الإرادة وحدها. يضاف إلى ذلك أنه ربما كان ظلم «إرادي» في تطلب تنفيذ عقد أصبح مختل التوازن إلى حد كبير.

ضرورياً لصحت⁽¹⁾. وبالمقابل، عندما يكون التنفيذ مستحيلاً عقب حالة قوة قاهرة لا يعود العقد مثلاً أي منفعة اجتماعية. وفي هذه الحالة من الظلم جعل المدين يتحمل مخاطر عقد أصبح لا فائدة منه. فالقوة القاهرة، بخلاف عدم التوقع، تدمر كدً من أساسي قوة العقد الملزمة. بهذه الطريقة يمكن تفسير إقدام محكمة النقض التي تجيز نسخ اتفاقية تنفيذها أصبح مستحيلاً على أن ترفض دائماً قبول تسوية فسخ العقد أو إعادة النظر فيه بسبب اختلال توازن موضوعي في التقديرات.

إن إعادة النظر في العقد، كما فسح، عقب اختلال اقتصادي في توازن التقديرات، غير مقبول إلا أن يجعل الظلم الذي خلقه العقد غير نافع أو يخشى حرمانه من منفعته الاجتماعية، وهكذا لوحظ أن تدخل المشرع المنتظم بعد الحرب العالمية الأولى، لم يصل إلى هدف إقامة توازن معين بين التقديرات. فهذه القوانين تستقي استلهاها من ضرورات النظام الاقتصادي⁽²⁾. وهذا التفسير يحلل الحلول التي يتبناها القانون الوضعي.

ولم يخطئ القانون الإداري حول أساس إعادة النظر لعدم التوقع. وإذا اصطدمت عدالة المعاوضة بحصول اختلال في التوازن فإن استمرارية المرفق العام على وجه الخصوص هي التي تفرض أن تقوم بإغاثة المتعاقد معها وغياب التكافؤ يخشى عندما أن يحرم العقد من منفعة الاجتماعية.

إن القوانين الحديثة في القانون الخاص التي قبلت إعادة النظر في العقد مستلهمة من هذه الأفكار. فالمشرع يستعيد إذا القرينة التي بمقتضاها لا يعادل غياب التكافؤ عدم منفعة اجتماعية للعقد. ومن المفيد اجتماعياً أن يعاد النظر في عقد من هذا النموذج أو أن يفسخ وهذا الأمر ينضم إلى عدالة المعاوضة. فحسن التبة ليس بالتالي قابلاً لأن يسوّج وحده إعادة النظر في العقد. غير أن القانون يقيم له وزناً ذلك بأن سوء نية المدين المغبون يشكل دعماً بعدم سماع الدعوى.

315 - تسوية ولض محاكم القضاء العنلي تفسير تأثير اختلال التوازن في منفعة العقد الاجتماعية.

تتعرف أنظمة قانونية أخرى للقاضي سلطة إعادة النظر العينية على وجه العموم على مبدأ حسن التبة⁽³⁾. فهذا المبدأ في عرف السيد Niboyet اخترق الأنظمة القانونية كافة. فعلى

(1) انظر تكوين العقد، رقم 228.

(2) M.MEL GAMMAL, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Etude comparée de droit civil français et de droit civil de la république arabe unie, 1967 L.G.D.J. A.TUNC، رقم 275، صفحة 157 - وبالمعنى عنه NIBOYET، La révision des contrats par le juge, rapport général, Travaux de la semaine internationale de droit، 1937، منشورات Sirey، 1938، صفحة 4، 5.

(3) انظر الرقم 315 اللاحق.

القاضي الفرنسي أن يقيم وزناً بمقتضى المادة 1134 الفقرة 3، من القانون المدني لهذا المبدأ. غير أن هذه الإحالة لا تتيح للقاضي إعادة النظر في العقد. فمفهوم العقد ذاته يتعارض معها. والعقد، في عرف هذا المؤلف، هو «اتفاق إرادتين على موضوع معين. فإذا ما أقدم القاضي على صنع العقد من جديد فلن يكون في الحقيقة هناك عقد وإنما موجب قانوني يأخذ مكان الموجب الذي كان موجوداً. وإذا شئنا ذلك أم لا لن يكون ثمة عقد بدون أن تنبجس شرارة الحياة من التنسيق بين الإرادتين المتلاقيتين»... «فطبيعة العقد إذاً هي التي تعارضت في فرنسا مع عدم التوقع حتى الآن، حتى مع وصفها الأساسي ذاته». و«جلة» العقد، بسبب خطورتها، لا تعود إلى المشرع. «إن مبدأ حسن النية إذاً مشابه لذاته أيضاً وجد، إلا أن من كانت وظيفتهم الاجتماعية تقويم العقود يتغيرون مع تنظيم البلدان، هنا المشرع وهناك القاضي»⁽¹⁾.

وحسب السيد Flour والعديد Aubert إن أساس العقد لا يمنع على القاضي أي سلطة إعادة نظر أكثر مما تمتعه الوظيفة القضائية. فليس لدى القاضي وسائل تحديد التأثير الاقتصادي لإعادة النظر في العقد وليست له سلطة التصرف بالاقتصاد. فسلطة إعادة النظر لا تعود بالتالي إلى كرة صلاحية القاضي⁽²⁾.

وليس سلطان الإرادة في الحقيقة ولا المعجز المزعوم للقاضي تجاه مشاكل اقتصادية هما اللذان يمتنعان على المحاكم موضوعياً التدخل في تنفيذ العقد - برهن الاجتهاد الإداري، عند الضرورة، أن افتراضاً كهذا يجب استبعاده... وبعضهم يتمسك، إضافة إلى ذلك، بهذا الافتراض لتسويغ وجود حق للشريك في التعاقد «في توازن مالي معين»⁽³⁾. إن العقد بالفعل، من جهة أولى، لا يستمد قوته الملزمة من إرادة المتعاقدين وحدها، ومن جهة أخرى لم تتم البرهنة على أن السلطة القضائية ليست لها الصلاحية ولا الوسائل لتقدير تأثير إعادة النظر في الاقتصاد.

يظهر في النهاية أن القاضي العدلي، محكمة النقض بشكل محسوس، في غياب تفويض تشريعي صريح، لم ير من المناسب إعطاء نفسه سلطة تقدير التأثير في منفعة العقد الاجتماعية عند الاعتداء على العدالة العقدية الناتج عن تعديل الظروف الاقتصادية. إن الأمر لا يتعلق في النهاية إلا باختيار سياسة قضائية يمكن إعادة النظر فيها، إما بتعديل تشريعي أو بإقامة وزن للقوانين الأجنبية.

(1) NIBOYET، المرجع عنه، صفحة 11 وصفاة 12.

(2) المذكورين آنفاً، رقم 408، انظر بالنسبة إلى وضع أكثر جفرية أيضاً، Ph.MALAURIE et LAYNÉS، المذكورين آنفاً، رقم 619، صفحة 337.

(3) TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، المرجع عنه، رقم 446.

الفقرة 2 - ملاءمة «بحكم القانون الواجب الأخذ به» لنص ذي مدى عام

316 - عدم التوقع في القانون المقارن⁽¹⁾.

يبنى القانون البلجيكي النظرية الفرنسية ويرد مفهوم عدم التوقع كسب لتحرير العقد أو تكييفه بدون الضيق بين القانون الخاص والقانون العام⁽²⁾.

والقانون الألماني (جمهورية ألمانيا الاتحادية سابقاً) المعاصر يقبل التعديل القضائي للعقد من القانون الخاص على أساس النظرية *Geschäftsgrundlage*⁽³⁾ التي أعدها في عام 1923 Oertmann ويمقتضاها: «إن *Geschäftsgrundlage* مكوّنة من التصور (*Vorstellungen*) الذي أقدم عليه الفريقان أمام وجود ظروف معينة على حصولها بنيت عليها الإرادة العقدية. وهي تهدف أيضاً إلى تصور كهذا، خاص بأحد الفريقين وإلزاماً، وقد ظهر لدى إبرام مضمون العمل القانوني، اعترف به الشريك المحتمل في مدلوله الحقيقي ولم يعترض عليه⁽⁴⁾».

ويقود زوال الأساس العقدي (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) إلى فسخ العقد أو إعادة النظر فيه. وبيني الاجتهاد النظرية التي تطبق على العقود جميعاً⁽⁵⁾ على الفقرة 242 B.G.B. التي تنص على التنفيذ بحسن نية (*Treu und Glauben*) للموجبات⁽⁶⁾. وينبغي أن لا ينسب تغير الظروف إلى المدعي⁽⁷⁾؛ بيد أن عدم قابلية توقع الحدث لا يبدو مطلوباً دائماً⁽⁸⁾.

ويخضع الاجتهاد تطبيق *Geschäftsgrundlage* إلى شرط أن تكون الوسيلة الوحيدة لكي يتجنب الفريق نتائج لا تحتل وغير منسجمة مع القانون والعدالة ولا يمكن، إصفاً، تركها على عاتقه⁽⁹⁾. وتعديل الظروف أخيراً يجب أن يدخل كرة مخاطر أحد الفريقين⁽¹⁰⁾. فإذا اجتمعت هذه الشروط يقوم القاضي بتكييف العقد. وفسخ العقد هو الاستثناء ولن يحكم به

(1) R. DAVID, *L'imprévision dans les droits européens*, in *Mélanges SAUFFERT*, 1974, صفة 211 وما يليها - D.M. PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً - أعمال الأسيرع الدولي للقانون 1937، منشورات D.M. PHILIPPE, *L'imprévision dans la loi est - allemande relative aux contrats* - 1958، Sirey *économiques internationales* (1976)، مركز قانون الموجبات في لوفان، القته، 8/80.

(2) انظر D.-M. PHILIPPE المذكور سابقاً، صفة 155 وما يليها.

(3) انظر KLOPPE، *Évolution comparée de la notion d'imprévision en droit allemand et en droit français*، أطروحة في باريس، طبع على الآلة الكاتبة، 1969.

(4) D.M. PHILIPPE المذكور سابقاً - صفة 227 ترجمة حرة، التعليق 5.

(5) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفة 251، وما يليها.

(6) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة السالفة الذكر، صفة 249.

(7) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة الآتية الذكر، صفة 254 وما يليها.

(8) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً صفة 256 وما يليها.

(9) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة الآتية الذكر، صفة 260 والتعليق 1.

(10) D.-M. PHILIPPE، المرجع عنه.

إلا أن يفقد العقد علة وجوده كلياً⁽¹⁾.

إن للنظرية الألمانية حقل تطبيق أوسع من المذهب الفرنسي لعدم التوقع. فهي ترتبط في الواقع بالهدف العقدي وليس باختلال التوازن المالي وحسب. وقد لوحظ إضافة إلى ذلك أن: «القانون الألماني، المشتهر أنه مناقض للسببية، هو في الحقيقة، في مادتنا، أكثر سببية من القانون الفرنسي، ذلك بأنه يربط، تحت غطاء مصطلح آخر، بمفهوم السبب، الوثيق الاقتران بمفهوم حسن النية، نتيجة كون العقد قد توقف في الحالات التي تقلب الظروف شروط تنفيذه⁽²⁾». وقد كرس التشريع الألماني بالموازاة بعض الفرضيات الخاصة لإعادة النظر في العقد⁽³⁾. فإعادة النظر في العقد مثلاً متصوص عليها في الفقرة 60 من قوانين الاتحاد⁽⁴⁾.

ويأخذ القانون السويسري بنظرية عدم التوقع كما قدمها الفقه الفرنسي⁽⁵⁾. فيعتبر الاجتهاد أن تدخل القاضي بناء على طلب أحد الفريقين المستند إلى المادة 2 من القانون المدني خاضع لاختلال التوازن في التقديمات، ثم للتغير غير العادي للظروف، بحيث إن قسمة المخاطر المحددة في العقد لا تعود محتملة من قبل أحد الفريقين، وأن بقاء الشريك في التعاقد في إرادة التمسك بحقوقه هو، تجاه ظروف القضية، تصفي⁽⁶⁾. وحسن النية هو الذي يصلح كأساس لإعادة النظر في العقد لعدم التوقع. ويأخذ بعض النصوص المبعثرة بإعادة النظر في العقد أو فسخه أيضاً في حالة اختلال التوازن الموضوعي في التقديمات⁽⁷⁾.

لم يكن القانوني الإنكليزي في الأصل يأخذ بتحرير المدين، حتى في حالة القوة القاهرة⁽⁸⁾. وانطلاقاً من حكم Taylor ضد Cadwell (1863)⁽⁹⁾ تيل الاجتهاد بعض التلطيف

(1) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 284 وما يليها.

(2) R.DAVID، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 217.

(3) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 300 وما يليها. والأمر يتعلق بعقد إيجار، وعقد مقالة، وثقة معطاة لبعض الأولاد القاصرين، وعقد إدارية، وعقد سفر وعقد عمل.

(4) انظر R.SPRAWASSER، Rapport allemand، in Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles، منشورات D.TALLON و R.RODIÈRE، Pédone، 1986، صفحة 134، تأليف O.REMIEN.

(5) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 555 وما يليها. C.BESSON، La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances، الأطروحة في لوزان، 1955.

(6) المحكمة الفيدرالية، 26 أبريل 1974، وقد استشهد بها وترجمها من الألمانية D.-M. PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 556، التطبيق 1.

(7) على سبيل المثال المادة 373، الفقرة 2، من قانون المراجعات المتعلقة بالصفة الجزائية تنص على ما يلي: «على أنه، إذا كان تنفيذ العمل قد منعه ظروف غير عادية يستحيل توقعها أو استبعادها بتوقعات الفريقين، أو أصبح صعباً للغاية بفعلياً، فيمكن القاضي، استناداً إلى سلطته في التدبير، إما أن يعطي زيادة على الثمن أو يفسخ العقد». نص استشهد به D.-M. PHILIPPE في أطروحة الألفه الذكر، صفحة 668.

(8) GUTTERIDGE، La révision des contrats par le juge en droit anglais، في Travaux de la semaine internationale de droit، 1937، منشورات Birey، صفحة 38.

(9) استشهد به GUTTERIDGE، المرجع عنه، D.M. PHILIPPE، المرجع عنه، صفحة 338.

للقاعدة. كانت إحدى القاعات المؤجرة للمحفلات الموسيقية قد دمرتها النيران قبل حصول المشهد. فحكمت المحكمة بأن المستأجر يجب إعفاؤه من دفع بدل الإيجار. كان الحكم مبنياً على مبدأ البند الضمني (Implied condition)، إذ يفترض أن الفريقين اتفقا على أن يعنيا من أي مسؤولية في الحالة التي يصبح فيها التنفيذ مستحيلًا بسبب تدمير الشيء. كان ذلك بالفعل الاعتراف بوجود بند الإسداء إلى الحالة التي كانت قائمة. وقد طبق هذا المذهب، وجوهره ذاتي، بعد ذلك في القضايا المعروفة باسم أعمال أمكنة الإنجاز⁽¹⁾، ثم جرى التخلي عنه⁽²⁾.

وطبقت أيضاً في القرن التاسع عشر نظرية الحرمان ذات المفهوم الموضوعي. «يجري في بعض الحالات اعتبار تنفيذ خاضعاً لوجود مستمر للشخص وللشيء. ولبعض الظروف التي أدت إلى تأخير كبير في تنفيذ العقد»⁽³⁾. هناك حرمان ما دام ثمة حصول ظروف جديدة أدت إلى تغير جذري في الموجب العقدي، وبالتالي إلى انحلال الرباط القانوني. على أن اختلال التوازن الاقتصادي في التقديمات لا يشكل حرماناً⁽⁴⁾. فالقانون الإنكليزي يعترف إذاً بنظرية عدم التوقع كما يفهمها المذهب الفرنسي. ويمكن بالتأكيد مقارنة الحرمان بمفهوم القوة القاهرة⁽⁵⁾.

وبالمقابل كرس القانون الإيطالي نظرية عدم التوقع. إن المادتين 1467 و1468 من القانون المدني (1942) ينص كل منهما على ما يلي: «إذا كان تقديم أحد الفريقين، في عقود التنفيذ المستمر أو الدوري أو التنفيذ المؤجل، أصبح مكلفاً للغاية عقب حصول أحداث غير عادية وغير قابلة للتوقع، فبإمكان هذا الفريق أن يطلب فسخ العقد المقترن بمفاضيل مذكورة في المادة 1458. ولا يمكن طلب الفسخ إذا كانت الأعباء الجديدة تدخل في الضرر الطبيعي للعقد. وبإمكان الفريق الذي جرى طلب الفسخ ضده تجنبه بمرض منصف لشروط العقد» (المادة 1467). «وإذا تعلق الأمر، في الفرضية المنصوص عليها في المادة السابقة، بعقد اضطلع فيه فريق واحد بالموجبات، فبإمكان هذا الفريق طلب تخفيض التقديم أو تعديل كميّات التنفيذ الذي يتبع استمرار هذا التنفيذ وفقاً للإنصاف» (المادة 1468)⁽⁶⁾. إنه مفهوم الكلفة المفرطة الذي يسوغه المذهب الإيطالي بالإنصاف⁽⁷⁾.

ونص القانون المدني اليوناني (1940) أيضاً، في مادته 388، على فسخ العقد أو إعادة النظر فيه عقب تغير الظروف وفقاً لمبدأ حسن النية⁽⁸⁾.

(1) انظر المؤلفين، المرجع عنه.

(2) D.M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 351.

(3) D.M.PHILIPPE، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 337.

(4) D.M.PHILIPPE، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 385 وما يليها.

(5) D.M.PHILIPPE، الأطروحة الأتفة الذكر، صفحة 390 وما يليها.

(6) ترجمة D.M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة، صفحة 408، التعليق 2، و صفحة 407، التعليق 1.

(7) D.M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 415.

(8) انظر R.DAVID، L'imprévision dans les droits européens، Mélanges JAUFFRET، 1974، صفحة

والمادة 437 من القانون المدني البرتغالي (1966) تتضمن نصاً مماثلاً⁽¹⁾.

واعترف القانون المدني المصري لعام 1948، بالطريقة عينها، بنظرية عدم التوقع. وينص في مادته 147 على ما يلي: «العقد شريعة المتعاقدين. ولا يمكن الرجوع عنه أو تعديله إلا برضاهما المتبادل أو لأسباب ينص عليها القانون. غير أنه، عندما يصبح تنفيذ الموجب العقدي، عقب أحداث استثنائية غير قابلة للتوقع ولها طابع عام، مكلفاً للغاية بدون أن يكون مستحيلاً بحيث يهدد المدين بخسارة غير مألوفة، بإمكان القاضي، حسب الظروف وبعد إقامة وزن لمصالح الفريقين، تعديل الموجب بمقدار معقول بعد أن أصبح مفروضاً. وكل اتفاقية مخالفة هي باطلة»⁽²⁾.

وينص القانون المدني الهولندي الذي أصبح نافذاً في أول كانون الثاني 1992 على تبني مبدأ عام لإعادة النظر في العقود لعل عدم التوقع⁽³⁾.

وتبين الدراسة حتى المختصرة للقانون المقارن أن العديد من الأنظمة القانونية يقبل مبدأ تعديل العقد أو نسخه لسبب غير حالة القوة القاهرة، ولا يبدو أن هذا الحل المبني عموماً على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد كان له مفاعيل ضارة في الاقتصاد على وجه العموم. ويؤيد السيد David أن أمن التجارة لا يبدو في خطر: «هل أن نمو المجتمع وتقدمه يتطلبان رد نظرية عدم التوقع؟ يمكن الشك في ذلك تماماً عندما نرى أن الدول الأكثر تقدماً على صعيد التجارة والصناعة - المملكة المتحدة وألمانيا والولايات المتحدة الأميركية - أخذت، بدون نتائج مشؤومة ظاهرياً، بهذه النظرية أو بنظريات قريبة منها»⁽⁴⁾.

317 - الاعتراف بنظرية عدم التوقع ضروري أيضاً كانت الانتقادات التي يمكن توجيهها إليها.

طرح أحد المؤلفين الذي رفض أي إسناد إلى الإنصاف مسألة عدم التوقع بهذه العبارات: «هل من الضروري في الوضع الحالي لنصوصنا إدخال نظرية عدم التوقع كمبدأ أساسي لتشريعنا، أم على العكس ردّها باعتبارها مناقضة لمبادئنا الأساسية في مدونة القانون المدني، وترك عناية فرضها للمشرع بنصوص قانونية كما سبق أن فعل ذلك خلال حرب 1914 - 1918 عندما دعت الحاجة إلى ذلك»⁽⁵⁾. وبخلاف، بعد دراسة القانون المقارن، في

(1) R. DAVID، المذكور آنفاً، صفحة 220.

(2) نص استشهد به MOHAMED A.G في La force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit égyptien، أطروحة في باريس، طبع على الآلة الكتابة، 1957، صفحة 406.

(3) انظر A.J.O. Baron VAN WASSENDAER، Rapport Pays-Bas، in Les modifications du contrat au vu des circonstances nouvelles، D.TALLON و R.RODIÈRE بإدارة cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles، منشورات Pédone، 1988، صفحة 71 وما يليها.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 213.

(5) C.M. POPESCU، Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé، أطروحة في باريس، 1937، صفحة 5.

عام 1937، إلى أنه من الخطر إدخال مبدأ عام لعدم التوقع إذ يخشى أن يوصل إلى تدمير استقرار الاتفاقيات وإلى تعسف القاضي⁽¹⁾.

من المسموح به التفكير في أن هذه الخلاصة لا تفرض نفسها اليوم. إن الإقامة القريبة لسوق أوروبية وحيدة (معاهدة روما في 25 آذار 1957 المعدلة بالمعاهدة الأوروبية الوحيدة بتاريخ 17 و 28 شباط 1986) مفترض بالضرورة التنسيق، حتى النسبي، بين التشريعات الوطنية في مجال العقود لكي يجد كل فاعل اقتصادي نفسه في ظروف تنافسية متكافئة.

ويكفي إيراد مثال للاقتناع بذلك. إن القانون الألماني يعترف بمبدأ إعادة النظر في العقود. فبإمكان الصناعي إذاً، ضمن بعض الشروط، الحصول على إعادة نظر لعقود التوريد التي أبرمها، فيتجنب هكذا خسارات استثمار لا يَبَلُّ له باحتمالها. وبالعكس سيكون الصناعي الفرنسي ملزماً، عند الاقتضاء، بالخراب لتنفيذ موجباته. وهكذا يجعل الرقض المعلن لتكييف العقد الصناعي الفرنسي في وضع سيء واضح. إن سوقاً تنافسية حقيقية تفترض إذاً تنسيقاً معيناً، فقواعد اللعبة يجب أن تكون ذاتها بالنسبة إلى الفاعلين كافةً.

وينبغي بيان أن معظم الدول الأوروبية تأخذ، مع بعض البديلات، بنظرية عدم التوقع. فاعتراف القانون الفرنسي، في هذا الوضع، ببعض التأهيل لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ضرورة أكيدة. لإعادة النظر في العقد، أو تكييفه، المأمولة خلقياً أصبحت لا غنى عنها اقتصادياً. إن منفعة العقد الاجتماعية تأمر بأن يقام وزن في القانون الفرنسي لاختلال مفرط في توازن التقديرات المكوّن ظلماً خطيراً جداً. على أن إعادة النظر في العقد أو فسخه ينبغي عدم الأخذ بهما، على غرار الشريعات الأجنبية، إلا استثنائياً. يجب، كأي استثناء، أن يكون ذلك ضيقاً في المجال القانوني.

(1) C.M.POPESCU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 219. وبالمعنى عينه R.CAPITANT المذكور آنفاً، صفحة 318 الذي يرى أن تدخلاً منتظماً للشرع هو الأفضل.

الباب II

مجال مفاعيل العقد

318 - في سبيل تحديد مجال مفاعيل العقد، بعد فصل تمهيدي قدم بعض التفريقات الجوهرية، سيكرس بابان فرعيان لحجية العقد ونسبة الرباط الملزم.

الفصل التمهيدي

عموميات⁽¹⁾

319 - نصوص مدونة القانون المدني والمفعول النسبي للمقد.

النص الأساسي هو المادة 1165: «ليس للاتفاقيات مفعول إلا بين الفريقين المتعاقدين؛ وهي لا تضر الغير على الإطلاق ولا تنفذه إلا في الحالة المتصرص عليها في المادة 1121». وهذا النص الذي يطرح مبدأ المفعول النسبي للعقد⁽²⁾ تكمله المواد 1119 إلى 1122.

بمقتضى المادة 1119: «لا يمكن، عمراً، الالتزام ولا الاشتراط بالاسم الخاص إلا لصالح من الاشتراط». وهذا النص يكرس بالصفة «باسمه الخاص» إمكانية الالتزام أو

(1) S.GHESTIN, Introduction, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, comparaisons franco-belge (L.G.D.J. 1932, M.FONTAINE, 1 صفحة وما يليها).

(2) A.WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, أطروحة في ستراسبورغ، 1938، مقدمة M.-NAST. S.GALASTRENG, *La relativité des conventions* - M.-NAST, 1938، مقدمة J.M.AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français* - G.MARTY, 1939، مقدمة J.L.GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, .. 1954، في مونبيلييه. أطروحة في مونبيلييه B.TEYSSIE, *Les groupes de contrat* - H.BATIFFOL, 1981، مقدمة L.G.D.J. Y.FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en* - J.M.MOISSERON, 1975، مقدمة L.G.D.J. F.BERTRAND, *droit international privé*, أطروحة في باريس II، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1977. H.BATIFFOL, *Essai sur l'opposabilité des contrats, aux tiers*, أطروحة في باريس II مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1979. D.MARTIN, مقدمة J.DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, L.G.D.J., 1984. GEMEL, *L'opposabilité du contrat, Etude comparée de droit français et égyptien* Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois*, 1967. طبع على الآلة الكاتبة. L.AYNÈS, *La cession de contrat et les personnes*, طبع على الآلة الكاتبة، 1968. J.NÉRET, *Les opérations juridiques à trois personnes*, 1984، مقدمة P.CATALA, L.G.D.J., 1979. أطروحة في باريس II، مقدمة M.STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 1982، L.G.D.J. ستراسبورغ، D.HUET-WEILLER, مقدمة

الاشراط لمصلحة الغير بالاسم الخاص، أي لحساب الغير. إنها الإمكانية التقليدية اليوم للممثل، وفيها يتصرف الممثل عادة باسمه ولحساب الممثل بحيث أن مفاعيل العقد تحقق مباشرة في ذمة الممثل المالية⁽¹⁾.

وتنص المادة 1120 «على أنه يمكن التعهد بالحصول على موافقة الغير بالوعد بقعل هذا الغير، ما عدا التعويض ضد من تعهد بالحصول على موافقة الغير أو وعد بجعله يصادق، إذا رفض الغير القيام بالتعهد». ورغم أن عبارة «على أنه» الواردة في النص، فإن هذا النص لا يتضمن استثناء حقيقياً للقاعدة المبدئية التي طرحتها المادة 1119. فليمكان الغير أن يرفض الالتزام بتعهد من تعهد بالحصول على موافقة الغير؛ فهو في الواقع غير ملتزم إلا إذا أراد ذلك. والتعهد الأولي لا يربط إلا الفرقاء المتعاقدين المستفيدين من تعهد الحصول على موافقة الغير الواعدة. والخاصية الوحيدة لهذا التعهد المعاقب صراحة في حد ذاته بالتعويض هي أن موضوعها التعهد اللاحق لشخص ثالث بإعطاء شيء ما أو بفعل شيء أو عدم فعله.

وتجيز المادة 1121 الاشراط لمصلحة الغير بهذه العبارات: «يمكن بالممثل الاشراط لصالح الغير عندما يكون هذا الاشراط شرطاً لاشراط يريد الشخص لنفسه أو لتقديم هبة تتم لشخص آخر. ومن أقدم على هذا الاشراط لا يسعه الرجوع عنه إذا أعلن الغير إرادة الاستفادة منه». ولا يستفيد الغير هنا أيضاً من الاشراط الحاصل لمصلحه إلا أن يريد ذلك. لن يصبح دائماً رغباً عنه. يضاف إلى ذلك أن إعلان إرادة الاستفادة من الاشراط وحدها تمنع المفترض من الرجوع عن الاشراط. والواعد أخيراً قبل منذ الأساس الالتزام لصالح الغير المستفيد.

ليس هناك إذاً في هذين النصين استثناء حقيقي للمبدأ الذي بمقتضاه ليس في وسع الغير الاستفادة من الاشراط أو الالتزام بدون موافقة إما من قبله هو أو بواسطة من يمثله.

وبموجب المادة 1122 أخيراً «من المفترض أن يكون الالتزام للذات أو للورثة أو للخلفاء إلا أن يتم التعبير عن العكس أو أن ينتج ذلك عن طبيعة الاتفاقية». إن النص لا يحدد ما إذا كان الخلفاء الذين يقصدهم هم فقط الخلفاء بصفة كلية، أي الورثة عملياً، والخلفاء بصفة خاصة، وهم المستفيدون من إصاء بكامل الشركة أو بقسم منها، أم أنه يطبق أيضاً على الخلفاء بصفة خاصة، أي الذين يملكون الحق من المشرط سلفهم، كمتكسب ملكية مال منقول أو غير منقول، أو المستفيد من إصاء خاص يتناول مالاً محدداً. إن ذلك، كما سنرى، مصدر العديد من صعوبات تفسير هذين النصين.

والصعوبة الرئيسية هي التحديد الصحيح للفرقاء أو الغير، إنه التفريق المرتكز عليه كلياً. إنما ينبغي كذلك تحديد معنى التعبيرين أضراً واستفاد الواردين في المادة 1165 وكذلك كلمة اشترط.

(1) Ch. LARROUMET، السجلات، رقم 42.

320 - استنتج الفقه الأكثر تقليداً مبدأ المفعول النسبي للعقد من مذهب سلطان الإرادة.

إن المفعول النسبي للعقد الذي تعبر عنه المادة 1165 من القانون المدني، كما بينت أطروحة السيد Gounot، هو مع الحرية العقدية والقوة الملزمة للعقد، اللازمة الثالثة المنطقية لمبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾. «ليس للاتفاقيات مفعول إلا بين الفريقين المتعاقدين...». فليس في وسعها أن تضر بالغير أو أن تفيد، ذلك بأن هذا الغير لا يمكن أن يتلقى مفاعيل قانونية لم يكن قد أرادها⁽²⁾.

يحدد مبدأ سلطان الإرادة مفاعيل العقد بالفريقين ذاتهما⁽³⁾. وبالفعل لا يستطيع الفرد أن يلزم إلا نفسه. واستنتج العديد من المؤلفين مباشرة المفعول النسبي للعقد من مبدأ سلطان الإرادة.

«يستنتج هذا المبدأ بصورة طبيعية جداً من تحليل العقد. وبما أن العقد يستمد قوته من إرادة المتعاقدين، فمن الطبيعي أن لا يتبع هذا المفعول الملزم إلا اتجاه الفريقين اللذين أرادوا هذه المفاعيل القانونية، وأن لا تطال هذه المفاعيل الأشخاص الآخرين الذين، افتراضياً، لم يكونوا قد أرادوها. إن نسبية المفعول الملزم للعقد منسجمة مع المذهب الفردي لسلطان الإرادة»⁽⁴⁾.

«تموضع المادة 1165 في توجه سلطان الإرادة: الفرقاء أسياد، غير أنهم ليسوا كذلك إلا على أنفسهم»⁽⁵⁾. «مبدأ المفعول النسبي للعقد نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة. نلتزم عقدياً أو نكون دائتين نقدياً لأننا أردنا ذلك. إنها قاعدة بدائية من الحس السليم وهي في الوقت عينه حماية ضرورية لحرية من هم أهل للحق. والأنظمة القانونية جميعاً أخذت بمبدأ نسبية الاتفاقيات إلى درجة أنه يمكن الاعتبار أن الأمر يتعلق بمبدأ شمولي»⁽⁶⁾.

يستنتج من ذلك أن العقد لا يمكن أن يكون له مفعول إلا اتجاه الفرقاء المتعاقدين، أي

(1) انظر G. MORIN, La désagrégation de la théorie contractuelle du code civil français, 1949, صفحة 7 وما يليها، ولا سيما صفحة 8.

(2) إضاءة إلى: 1891 Ch. BEUDANT, Le droit individuel et l'État, صفحة 146، رقم 91 - B. TEYSSIE, Les groupes de contrat, أطروحة في مونيخ، 1975، صفحة 27، رقم 58.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 50.

(4) G. MARTY et P. RAYNAUD, Obligations, الجزء 1، الطبعة الثانية، 1988، رقم 260.

(5) S. FLOUR et J. LAUBERT, Obligations, المجلد 1، الطبعة الخامسة، رقم 419، وكتب السيد Aubert، في الطبعة السادسة من المؤلف عينه، رقم 430، بصيغة الماضي: «كان من السهل بيان أن القاعدة التي طرحها المادة 1165 من القانون المدني تندرج تماماً في منطق سلطان الإرادة: المتعاقدون أسياد، غير أنهم ليسوا كذلك إلا على أنفسهم». وأضاف، وقد بدا أنه يستبعد سيادة إرادة الفرقاء لصالح الصلاحية المعطاة لهم، «إن السلطة القانونية الموزعة بها الإرادات الفردية لا يمكن أن تتجاوز كرامة المتعاقدين وحدهم».

(6) Ch. LARROUMET, Obligations, رقم 742، وبالمعنى عينه رقم 775.

الأشخاص الذين أبرموه⁽¹⁾.

321 - المنشأ التاريخي للمبدأ يقود إلى رأي مختلف.

تبرهن دراسة المنشأ الروماني لنسبة الاتفاقيات على أن ثمة حيلة ما في تقديمه كمحصلة لا مفر منها لنظرية عامة للعقد. إنها تلجأ بالأحرى إلى العيب التقني لقانون الموجبات في بداياته، وإلى صلاية الإااليات العقدية⁽²⁾.

إن صيغة المادة 1165 من القانون المدني مستلهمة مباشرة من القول اللاتيني المأثور العقود المبرمة من قبل بعضهم لا يمكن أن تضرّ بالآخرين أو تنفيذهم *alios acta aliis neque* بيد أن القاعدة بموجب هذا التعبير ليست رومانية في الأصل. فقد وضعها الشارحون بعد ذلك، إذ لم يكن القانون الروماني يستخدم قواعد ذات مدى عام مفضلاً اللجوء إلى حلول حسب كل حالة⁽³⁾.

وتستنتج نسبة مفاعيل العقد في القانون الروماني أولاً من طبيعة الرباط الملزم الشخصي إلى حد كبير إلى درجة أن مبدأ عدم قابلية حوالة الموجبات بين الأحياء، رغمًا عن سيئاته العملية، لم يتم التخلي عنه أبداً. وفي القانون الروماني القديم كانت العقود ترم بين أشخاص يعرفون بعضهم. وكانت صفات الفريقين عناصر حاسمة. وكان الرباط الذي يخضع المدين للدائن *Le vinculum juris*، قوياً جداً طالما أن سيطرة الدائن تمارس على جسد المدين.

وتستنتج نسبة العقد أيضاً من الشروط الشكلية لتكوينه. وكان بإمكان الأشخاص الذين شاركوا شخصياً في الأشكال المكوّنة للرباط الملزم وحدهم أن يكونوا مرتبطين. ولم يكن من الممكن أن تكون لتبادل الأقوال الشعائرية للاشتراط، بصورة خاصة، فعالية إلا تجاه الذين تفوهوا بها. ومن هنا الصيغة التقليدية: لا يستطيع أحد أن يشترط لمصلحة الغير

(1) G.MARTY et P.RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء 1، رقم 262، والفرقاء في عرفها هم الأشخاص الذين أبرموا العقد، أي الذين أبرموا هم أنفسهم وضاعفهم أو كانوا ممثلين لإبرامه. J. FLOUR et - J.L.AUBERT، Obligations، المجلد 1، رقم 433، وفي عرض الفرقاء هم الأشخاص الذين أبرموا العقد. A.WEILL et F.TERRÉ، الطبعة الرابعة، رقم 503، العقد في رأيها «لا يمكن أن يكون له مفعول إلا تجاه الطرف، أي الأفراد أنفسهم الذين أرادوه». وفي الطبعة الخاصة للمؤلف عنه لعام 1993، Y. S. TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، في الصفحة 460، إنه «مع تراجع نظرية سلطان الإرادة بقي مبدأ المنعزل النسبي للاتفاقيات متأسكاً، إلا أنه فقد طابعه المطلق، وبما أن العقد يركز على توافق الإرادات، فمن الطبيعي أن يتمسك به، من حيث المبدأ، من وافقوا عليه. بيد أنه، ما دامت الفكرة الملزمة للعقد ليست آتية من الوعد وإنما من القيمة التي يربطها القانون بالوعد، يمكن الأخذ تماماً بأن المشروع، حتى الاجتهاد، يقرر، لإرضاء هذا الأمر أو ذاك، توسيع حلقة الأشخاص الملزمين إلى أبعد من الذين أبرموا العقد».

(2) Y.FLOUR، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 20.

(3) انظر S.CALASTRENO، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 5. A.WEILL، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 19.

Y.FLOUR، الأطروحة الأتفة الذكر، رقم 16.

(*alteri nemo stipulari*). ينتج عن ذلك أنه لا يمكن أن يكون ثمة اشتراط لمصلحة الغير، حتى تمثيل صحيح. على أنه إذا كان من الصحيح أن وضع شخص ثالث لا يمكن في القانون الروماني التقليدي أن يتفاهم، فإن الممارسة، بالمقابل، تتيح تحسين وضعه، حتى بدون علمه.

بيد أن شخصية العلاقات العقدية هذه كانت مخففة مدة طويلة بالنسبة للعائلة التي تضع جميع أشخاص العائلة الواحدة بالمعنى الواسع، بمن فيهم الأرقاء، تحت سلطة رئيس العائلة التي كانت تشكل أهلاً واحداً للحق يجري فيه تمثيل متبادل حقيقي⁽¹⁾. وقد قاد تطور القانون الروماني، المتميز بإقامة بنيات عائلية بالموازاة مع تخفيف الشكلية وشخصية الرباط الملزم، إلى قبول توسيع مجال المفاعيل الملزمة للعقد بمقدار ما يكون هذا العقد قد أُراده الفريقان وضرورياً لتحقيق النتيجة المحسوسة المنشودة. ويعتبر الموجب كقصة من الذمة المالية قابلة للانتقال، وإن كان ذلك دائماً بأصاليب ملتوية ولكنها تشير نحو الكمال.

وقاعدة لا يستطيع أحد أن يشرط لمصلحة الغير بقيت حتى أنها تعممت في مجموعة جوستينيان إذ أصبحت المشابهة الصنعي إلى حد ما للمبدل المنازع فيه وبمقتضاها لا يمكن أن يقام وضع شخص ثالث بدون أن يوافق على ذلك. وهكذا أظهر مبدأ نسبية الاتفاقيات في سفحيهما الفاعل والمنفعل. بيد أن منطق هذا البناء ظاهري بحت. وكان بالإمكان الكلام على تسريع كسراب⁽²⁾. وبقيت قاعدة لا يستطيع أحد أن يشرط لمصلحة الغير «راسخة طيلة قرون على أساس شفهي صرف»⁽³⁾. ولكنها لم تستمر إلا «لأنه تم إيجاد العديد من الوسائل مكرراً لتوجيهها بحيث أنه، وقد جرى تجريدها من نتائجها الأكثر ازعاجاً، أصبح من الممكن الإبقاء عليها بدون سيئاتها»⁽⁴⁾.

وشاهد القرن الوسيط العودة إلى الشكلية وشخصية الرباط الملزم مع نتاجه: عدم قابلية انتقال الموجبات وودّة التمثيل.

ويعبر عن الانطلاقة الجديدة للعلاقات العقدية ابتداء من القون الثاني عشر ونهضة القانون الروماني بتأريين مزدوجين.

(1) انظر بصورة خاصة E. LAMBERT, *La stipulation pour autrui* أطروحة في باريس، 1893، القانون الروماني، الفقرة 1، وما يليها - CHAMPEAU, *La stipulation pour autrui* أطروحة في باريس، 1893، القانون الروماني، صفحة 12 - 66، ولا سيما صفحة 76 وما يليها - PETIT, *Traité élémentaire de droit romain* الطبعة الخامسة، رقم 304، صفحة 313 وصفحة 314.

(2) Y. FLOUR، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 18، مستشهداً *alteri nemo stipulari potest*, Studi Riccobono، 1935، الجزء 4، صفحة 252.

(3) CORNIL، المرجع عيه، صفحة 252.

(4) Y. FLOUR، الأطروحة الآتية الذكر، رقم 19، مستشهداً CORNIL المذكور سابقاً، صفحة 252. - انظر الرقم 603 للاتق، مختلف الأساليب التي استخدمها القانون الروماني لتخفيف تعطيل الاشتراطات لمصلحة الغير.

فقد تحررت الممارسة العرفية من اعتراضات الاختصاصيين في القانون الروماني لكي يتم منذ القرن الثالث عشر قبول التمثيل والانتقال الإرثي والديون (له) والديون (عليه). واصبحت حوالة الحق بين الأحياء مقبولة في الفترة عينها مع التحفظ الوحيد في تليخ العدين المحال عليه. وكان الاشتراط لمصلحة الغير، على وجه الخصوص، منظوراً إليه بحظوة ومستعملاً بشكل متواتر منذ القرن الرابع عشر في نظام المصالح العائلية.

بيد أن القانون العالم، بالموازاة، ولا سيما Cujas، في القرن الرابع عشر، بقي مرتبطاً بالتقليد الروماني. وقد تمتك القانونيون الكنسيون، رغمًا عن صلبهم لصالح الاعتراف بالتوافقية، ببطلان الاشتراطات لمصلحة الغير المخفف فقط بموجب خلقي للمواعد تجاه الأشخاص الثالثين.

واستعاد Domat في النهاية، المبدأ الروماني للمفعول النسبي للعقود، وإنما بمفهوم إرادوي للعمل القانوني: «بما أن الاتفاقيات تتكون عن طريق الرضا فلا أحد يستطيع أن يجعلها تسري على شخص آخر إذا لم يثلّق السلطة منه. ويمكن أيضاً إحداث الضرر بدرجة أقل في اتفاقيات لأشخاص «ثالثين»⁽¹⁾. واستمر Pothier، بعد أن وصف إولية حوالة الحق التي أعدها العرف في رفض الإمكانية النظرية لهذا الانتقال⁽²⁾. «إن عقلية القانون العالم تغلب على التجريبية للقانون العرفي» وجعلت قاعدة «العقود المبرمة من قبل بعضهم لا يمكن أن تضر بالآخرين أو تفيدهم» تنصر⁽³⁾.

322 - إرشادات القانون المقارن.

«تتقاطع إرشادات القانون المقارن، من وجهات نظر عديدة، مع إرشادات التاريخ وتعود إلى النسبوية عينها. قد يكون ثمة استغراب بالفعل العمومية مبدأ المفعول النسبي للعقود. بيد أن الأنظمة القانونية المختلفة توفر تحاليل مختلفة ولا تستخرج منها نتائج مماثلة»⁽⁴⁾.

ويستج القانون العرفي الإنكليزي Common law نسبة مفاهيم العقد من معطيات تقنية صرف، فالقانون لا يقبل معاقبة التعهدات المقدية إلا أن تكون محتوية اعتباراً ما يجب أن يكون بالضرورة قد قدمه المشروط وتلقاه المدين. وتنتج عن ذلك، للموهلة الأولى، نسبة عقود ذات صرامة مجهولة منذ وقت طويل من القانون الفرنسي. إلا أن تفهقر مذهب الاعتبار قاد القانونيين الإنكليز إلى مناقشة خصوصية مسئلة من المذهب القاري. على أن التجريبية والدّماة التقليدية للقانون الإنكليزي أعطيت هذا المبدأ مرونة مدعشة تصحح السيئات فيه.

(1) Les lois civiles dans leur ordre naturel، الكتاب I، الباب I، القسم II، 3.

(2) Traité des obligations، الأرقام 551 إلى 569.

(3) Y.FLOUR، الأطروحة الثالثة الذكر، رقم 23.

(4) Y.FLOUR، الأطروحة الأتفة الذكر، رقم 24 والأرقام 25 إلى 31، تحليل القوانين الانجلواميركية؛ الأرقام 32 إلى 35، تحليل القانونين الألماني والبرسري.

وقد تخطى القانون الأمريكي، انطلاقاً من معطيات مماثلة، بلا قيد ولا شرط، عن الخصوصية «بتكريس مبدأ عام لصحة العقود المتكوّنة عقدياً لصالح الغير، بشرط وحيد أن تكون نية المشرط أكيدة بما فيه الكفاية»⁽¹⁾.

ويأخذ القانون الألماني⁽²⁾، الـ BGB، بصحة الاشتراطات لصالح الغير مع التحفظ الوحيد، كما في الاجتهاد الفرنسي، لجهة مصلحة المشرط⁽³⁾. كما أخذ الاجتهاد الألماني بتوسيع مجال إرادة الفريقين عن طريق تفسير تصالحي للإرادة المفترضة الوهمية في الغالب⁽⁴⁾.

إلا أن استخدام الاشتراط لمصلحة الغير جعله المفهوم الحصري جداً الذي تبنته القوانين الألمانية والسويسرية بالنسبة إلى حجة الأوضاع القانونية الناشئة عن العقد ضرورياً بشكل خاص. وليس التمثيل المهي للعقد الذي يسبب ضرراً لشخص ثالث، ما عدا وجود قانون خاص، مصدر مسؤولية تقصيرية. إنها مسؤولية عقدية ينبغي أن تثار انطلاقاً من اشتراط ضمني لمصلحة الغير. وبالعكس ليس في وسع الشخص الثالث الذي يجعل تنفيذ مرجح عقدي مستحيلاً عن قصد أن يتحمل المسؤولية إلا استثنائياً وعلى أساس نوايا غش حقيقي. ولا تفرق نية المفعول الملزم للعقد عن حجيته كوضع قانوني⁽⁵⁾.

تبيّن دراسة التاريخ ودراسة القانون المقارن أن الاستقرار الظاهري لنسبة الاتفاقيات لتلازم تناقضاً مع الأنظمة الأكثر اختلافاً. إنه يتدمج في قانون معين تسيطر عليه التجريبية كما أنه مبني وفقاً للتهج الأكثر مذهبية. فتارة تتخذ مركزاً المبدأ التوافقي وطوراً تنجم عن صلاية الإرواليات العقدية. يمكن بالتالي إبداء نوع من الشكوكية تجاه التسيوغات العقلية المُدعى تقديمها⁽⁶⁾.

إن الأمر في الحقيقة يتعلق دائماً بتسوية تجريبية إلى حد ما بين ملازمة درجة معينة من استقلال الأفراد وضرورة الأخذ في الحسبان الدور الذي تقوم به العقود في النسيج الاجتماعي. والقانون الموضوعي الذي يعاقب العقد بسبب منفعته الاجتماعية كأداة للتوفعات الفردية بطرح، من حيث المبدأ، إن كل واحد يهتم بقضايا الخاصة بدلاً من قضايا الغير. بيد أنه، استناداً إلى هذه المنفعة الاجتماعية، يتفاد أيضاً إلى الأخذ في الحسبان الدور الأساسي للعقد في التبادلات الهادفة إلى تحقيق غايات معقدة إلى حد ما حسب المجتمعات والمصور.

(1) CORBIN, A comprehensive treatise on the rules of the contract law, الجزء IV، الفقرة 773 وما يليها، مستشهداً بـ Y.FLOUR، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 30.

(2) A.RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand، أطروحة في ستراسبورغ، منشورات L.G.D.J، مقدمة R.PERROT، صفحة 488، وما يليها.

(3) A.RIEG، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 488.

(4) A.RIEG، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، رقم 471.

(5) A.RIEG، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 485.

(6) Y.FLOUR، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 36.

323 - تطور القانون الوضحي.

بضائع التقسيم العصري لعمليات الإنتاج والبناء والتوزيع المتدخلين والعقود في الوقت عينه. فالمهندس المعماري والمهندس المستشار والمقاول والمقاول من الباطن وموردو المعدات مثلاً لا يرتبط بعضهم ببعضهم الآخر إلا بعقد متميزة. فبدا نسبة العقود إذناً يقود إلى تعامل هؤلاء المتدخلين المختلفين، سواء في شأن المسؤولية أو دفع الثمن، كأشخاص ثالثين بعضهم بالنسبة إلى بعضهم الآخر، بيد أنه من الصعب غض النظر كلياً عن أن مجموعة العقود المبرمة كانت لتحقيق عملية اقتصادية واحدة وعن أن نوعاً من التضامن لا يمكن إلا أن يوجد بين مختلف المشاركين.

وكان بالإمكان ملاحظة أن الإنماء المعاصر ومع النتائج القانونية للعقود يحصر المعنى تجاه الأشخاص الثالثين⁽¹⁾. وأن «فكرة كون شركة تنشأ عن مجموعة علاقات بغيرية... لم يعد من الممكن الأخذ بها»⁽²⁾.

وانتشار التمثيل، ولا سيما في عمل الأشخاص المعنويين (أو الاعتباريين)، أي انتشار الاشتراط لمصلحة الغير، وكذلك النقل الآلي للديون (له) والديون (عليه) لخلفاء عادييين بصفة خاصة، تمهد عدم المنافسة لشاري مؤسسة تجارية مثلاً، قلصت بشكل ملموس مدى مبدأ المفعول النسبي للعقد.

فإبرام العقود الجماعية⁽³⁾، أولاً في علاقات العمل، ثم في مجالات أخرى ولا سيما بين منتجي المنتجات الزراعية ومستعملها، بين المؤجرين والمتأجرين مع قانون quillet في 22 حزيران 1982، وبمقياس أقل قانون Méhaignerie بتاريخ 23 كانون الأول 1986⁽⁴⁾ المعدل بالقانون رقم 89 - 462 في 6 تموز 1989 أو بين مهنيين ومستهلكين⁽⁵⁾، دحض تطبيقها على غير أعضاء تجمعات مؤقتين، وامتدادها عن طريق نظامية إلى المهنة المعنية بكاملها أو إلى قسم منها⁽⁶⁾، أيضاً هذا المفعول النسبي⁽⁷⁾.

(1) H.BATIFFOL, La «crise du contrat et sa portée», مجفوطات فلسفة القانون، 1988، صفحة 27.

(2) A.BATIFFOL، الحالة المذكورة سابقاً، صفحة 19.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 179 وما يليه.

(4) انظر F.ZÉNATI، المجلة النصية للقانون المدني، 1987، صفحة 166 وصفحة 167.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 181.

(6) انظر تكوين العقد، الأرقام 87 إلى 89، بالإضافة إلى Ph. LANGLOIS، Contrat individuel de travail et conventions collectives: un nouveau cas de représentation، القانون الاجتماعي، 1975، صفحة 283 وما يليها.

(7) انظر J.MESTRE، L'évolution du contrat en droit privé français، in L'évolution contemporaine du droit des contrats : droit des contrats، René SAVATIER، منشورات PUF، 1986، صفحة 59. - M.CABRILLAC، Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la - pratique commerciale، in Mélanges dédiés à Gabriel MARTY، 1978، صفحة 247، رقم 19.

وبالموازاة مع إنشاء ديون (له) وديون (عليه) عن طريق العقد، جرت إقامة وزن لهذا العقد أكثر فأكثر بكونه واقعة اجتماعية. إن تأثير العقود في ملءة شخص ما يسوّغ بالتأكيد منذ مدة طويلة حماية خاصة لدائنيه تجسدها الدعوى البوليانية أو البولصية، وعدم فعالية بعض العقود في الإجراء الجماعي للإفلاس. إلا أن الاجتهاد اليوم، أمام تعقيد العلاقات العقدية، يقبل، بصورة عامة، أن العقود والأوضاع القانونية، بكونها وقائع اجتماعية، يمكن أن يحتج بها الفريقان ضد الأشخاص الثالثين، حتى أن يحتج بها الأشخاص الثالثون ضد الفريقين.

وقد عبّر عن هذا التطور على الصعيد التقني تحليل أدق لمدى مبدأ المفعول النسبي للعقد تناول، من جهة أولى، مفاعيل العقد، ومن جهة ثانية التفريق بين الفرقاء والأشخاص الثالثين. ينبغي أولاً تقديم التفريق بين المفعول الملزم للعقد وحجية الوضع القانوني الذي هو مصدره، ثم التفريق بين الفرقاء والأشخاص الثالثين.

القسم 1

التفريق بين المفعول الملزم للعقد وحجية الوضع القانوني الذي هو مصدره

324- مخطط التفريق⁽¹⁾.

يمقتضى المادة 1165 من القانون المدني «ليس للاتفاقيات مفعول إلا بين الفريقين المتعاقدين، وهي لا تضرّ بالأشخاص الثالثين ولا تفيدهم إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121». أعطي تفسير أول في هذا النص لكلمتي «أضرّ» و«أفاد» معنى واسعاً للأضرار والأرباح التي يمكن أن يسببها العقد. وعلى هذا الشكل فهم الاجتهاد والفقه، خلال قسم كبير من القرن التاسع عشر، مدى هذا النص اللذان استنتجتا منه أن العقد لا يمكن أن يكون له أي مفعول من أي نوع كان تجاه أشخاص آخرين غير الفريقين المتعاقدين⁽²⁾.

غير أن الفرفة المدنية في محكمة النقض، منذ 22 حزيران 1864⁽³⁾، طرحت، استناداً إلى المادة 711 من القانون المدني، المبدأ التالي: «إن العقود التي تصلح كسند وبيّنة (هلي الملكية) هي العقود التي أبرمت بين مكسب الملكية والبائع. وسيفي حق الملكية مهتزاً دائماً إذا كانت العقود الهادفة إلى إثباته لم تكن لها قيمة إلا تجاه أشخاص كانوا فيها فرقاء». بعد ذلك أعلنت غرفة الفرائض في 20 شباط 1900⁽⁴⁾ إن المادة 1165 من القانون المدني غير

(1) F. BERTRAND, *Essai sur l'opposabilité des contrats aux tiers*, أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، باريس 1879، II. J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*، سابقاً - H. GEMEL, *L'opposabilité du contrat, Etude comparée de droit français et égyptien*، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، باريس 1، 1987.

(2) J. DUCLOS، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 27 - 1، مع المؤلفين المستشهد بهم وكذلك الاجتهاد.

(3) D.P. 64، صفحة 412، S. 64، صفحة 348، في صدد عقد تسمية قسمته Ch. ATIAS, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*، أطروحة في براتيه، 1974، مطبوعة على الآلة الكاتبة، صفحة 181 وما يليها، رقم 104 وما يليه.

(4) Dalloz النوري 1900، 1، صفحة 260.

قابلة للتطبيق «على العقود التي تثبت اكتساب الملكية أو نقلها والتي يحتج بها، في هذا الصدد، تجاه الأشخاص الثالثين»⁽¹⁾.

ثم أكدت غرفة العرائض بصورة أوضح، في 17 كانون الأول 1973⁽²⁾، حجية عقود الزواج تجاه الغير بهذه العبارات: «من حيث أن الاتفاقيات الزوجية، يكونها تنقل الحقوق العينية أو تعديلها أو تعطي الزوج سلطة إدارة أموال الزوجة بحرية إلى حد ما هي قابلة لأن تفيد الغير أو أن يحتج بها تجاهه، وأن الغير لا يستطيع، لدفع هذا المفعول، التمسك بشكل مفيد بالمادة 1165 من القانون المدني التي ليست أحكامها متعلقة إلا بالموجبات التي تولدها الاتفاقيات بين الفرقاء». وكما جرى بيان ذلك⁽³⁾ «تستحق الصيغة، الملغية بتقليدية تعابيرها، أن تسترعي الانتباه بأنها لم تكن تقليدية في عام 1873. ومع أكثر من نصف قرن مضى على إنتاج الفقه، اكتشفت محكمة النقص التفريق الذي يسيطر اليوم على التفسير المستمد من المادة 1165».

بيد أنه يقتضي بيان أن هذه الأحكام تتعلق بشكل أساسي بالملكية وبصورة أوسع بالحقوق العينية التي جرى التوافق على اعتبارها بطبيعتها محتجاً بها، بخلاف الحقوق الشخصية أو الدين (له) التي ليس لها سوى مفعول نسبي. إذن تطرح مسألة معرفة ما إذا كانت الحجية المقبولة من محكمة النقص تستتج من العقد، وهو عمل يولد حقوقاً ذاتية، أو من طبيعة الحقوق الذاتية التي ينشئها العقد. أما حكم عام 1973 فيطبق على عقد الزواج، المحقق بالتأكيد بتوافق الإرادة، وإنما موضوعه إقامة نظام زواجي، وباعتبار آخر تشريع يتعلق بدمعة الزوجين المالية تفرض حجته على الغير بقوة خاصة، على غرار أنظمة الشركات والأشخاص المعنويين الذين تنشئهم عقود الشركة.

وتعود إحدى الصعوبات في هذا الشأن إلى تنوع مفاعيل الاتفاقيات. إنها تولد موجبات وتعمل على انطفائها. غير أنها تحقق حقوقاً عينية ونقلها. وهي بحسب التمييز يحتج بها ضد الجميع، كما تولد أشخاصاً معنويين يفرض وجودهم، ضمن بعض الشروط، على الجميع. وتكفي هذه الملاحظات لبيان أن حجية العقد لا يمكن أن يقام لها وزن بالاستقلال عن حجية الحقوق الذاتية والأوضاع القانونية على وجه العموم.

إن محكمة النقص لم تركز إلا منذ وقت قريب جداً مبدأ حجية العقود ولو لم تنشئ سوى حقوق شخصية أو حقوق الدين (له).

(1) انظر بالنسبة إلى الاجتهاد السابق A. WEILL, *La relativité des contrats en droit privé français*, أطروحة في ستراسبورغ، 1939، مقدمة NAST، رقم 124، صفحة 231، التعليق 2. انظر في شأن أساس الحجية المطلقة، Ch. DEMOLOMBE، الجزء XXV، *Traité des contrats*، الجزء II، الطبعة الثانية، 1871، صفحة 50، رقم 45، Ch. ATIAS، الأطروحة السابقة الذكر.

(2) J.E.LABBE، تعليق 409، صفحة 74، 1، S. Sirey.

(3) Y.FLOUR، *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 167.

والفقه، بالموازاة ميسمّح التفريق.

325 - التفريق الفقهي.

ظهر المدى الأكثر تحديثاً للمادة 1185 متأخراً نسبياً. وهكذا سبق لـ Wahl أن كتب، في عام 1913⁽¹⁾ حول هذا النص: «إنه يمنع مطالبة الغير بتنفيذ أحد الموجبات الناتجة عن العقد، كما يمنع على الغير أن يطالبوا هم أنفسهم بهذا التنفيذ».

إلا أنه جرى منهجه في أطروحتين في الحقوق، أطروحة من أصبح المبدأ Weill حول «مبدأ نسبية الاتفاقيات في القانون الخاص الفرنسي» التي جرت مناقشتها في ستراسبورغ في عام 1938، وأطروحة السيد Calastreng حول «نسبة الاتفاقيات» التي جرت مناقشتها في تولوز في عام 1939⁽²⁾.

وحسب هذا التحليل الجديد يكفي المفعول النسبي للعقد بأن يحدد بالنسبة إلى الفرقاء وإلى من يملكونهم المفعول الملزم للعقد. إنه يعني فقط أن الفرقاء وحدهم يمكن أن يصبحوا دائنين أو مدينين بمفعول العقد، وعلى نطاق أوسع الفاعلون أو المتفاعلون بالنسبة إلى المفاعيل الملزمة لهذا العقد.

وبالمقابل لا يشكل عقبة أمام حجية العقد والأوضاع العقدية التي يخلقها. إن ذلك يتيح للفرقاء تجاه الغير، كما تجاه الفرقاء، التفرع بالوضع القانوني الذي ينشئه العقد.

وهذا يعني بشكل محسوس، مثلاً، أن البائع وحده، في بيع غير المنقول، ملزم بتسليم الشيء الباع، والشاري ملزم بدفع الثمن المتفق عليه، إنه المفعول الملزم للعقد، إلا أنه على الجميع مراعاة الوضع القانوني الذي أنشأ البيع، أي نقل الملكية لصالح الشاري، أنها حجية العقد. كما أن المستخدم وحده، في عقد العمل، ملزم بدفع الأجر المتفق عليه. والأجير ملزم بتقديم عمله، إنه المفعول الملزم للعقد، بيد أنه إذا كان العقد يحوي بند عدم المنافسة فالأجير الذي يقبل العمل لدى منافس لمستخدمه القديم مسؤول عقدياً لعدم تنفيذ موجباته العقدية، وذلك عقوبة المفعول الملزم للعقد، في حين أن مستخدمه الجديد يمكن، ضمن بعض الشروط، أن يتحمل المسؤولية التقصيرية بمعاقبة واجبه في مراعاة الوضع العقدي الناتج عن بند عدم المنافسة، وهي نتيجة لحجية الاتفاقية. ويقبل المؤلفون المعاصرون اليوم هذا التفريق⁽³⁾.

(1) تعليق على حكمي محكمة أميان في 7 كانون الأول 1902 و 27 آذار 1903، Sirey (S.)، 1903، 2، صفحة 268 - J.DUCLOS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 27 - 2.

(2) A. WEILL، Le principe de la relativité des conventions en droit privé français، الأطروحة في ستراسبورغ، 1938، مقدمة NAST - S.CATALSTRENG، La relativité des conventions، أطروحة في تولوز، 1939، مقدمة G.MARTY.

(3) H. ROLAND et L. BOYER، - الجزء الأول، رقم 270، MARTY et RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء الرابع، رقم 266 وما يليه - J. FLOUR et J. L. AUBERT، Obligations، الجزء 2، الطبعة الرابعة، رقم 266 وما يليه.

ومع ذلك ليس هذا التفريق مجرداً من أي دقة ولا صيما في تطبيقاته الخاصة بقانون المسؤولية⁽¹⁾. وعندما يجاز شخص ثالث التمسك بموجب ضمان اضطلع به صانع لصالح شاري منتجه، في سبيل الحصول على تعويض عن الضرر الذي سببه عدم تنفيذ موجب الضمان هذا، يظهر هذا الشخص الثالث، في الواقع على الأقل، كدائن بهذا الموجب. وتأكيد الطابع غير العقدي، وبتمثيل آخر التقصيري أو شبه التقصيري، للمسؤولية، الأبعد من أن تصحح الطابع الصنعي للحل، تزيد من نتائجها باستبعاد التحديدات الاتفاقية التي تساهم في توازن الضمان المتفق عليه بصورة خاصة⁽²⁾.

326 - اجتهاد محكمة النقض.

بدا أن محكمة النقض حتى فترة قريبة تدين المصطلح الفقهي الذي يفرق بين مفعول الموجب والحجية. وهكذا أكدت الغرفة المدنية في 6 شباط 1952⁽³⁾، أولاً المبدأ الذي بمقتضاه «الاتفاقيات غير قابلة للاحتجاج بها في وجه من لم يكونوا قراء فيها»، وبتمثيل آخر لاحجية الاتفاقيات في وجه الغير، قبل قبول الحلول التي يصفها الفقه اليوم بالحجية تجاه الغير. بيد أن الأحكام الأحدث، بدون أن تستخدم المصطلح الفقهي، تبني وضعاً حياً بالاكفاء بالحكم بأنه «إذا لم يكن للاتفاقيات، من حيث المبدأ، مفعول إلا تجاه الفرقاء، فلا ينتج عن ذلك أن القاضي ليس في وسعه البحث في الأعمال الأجنبية عن أحد الفرقاء المصقحين في القضية عن المعلومات التي من شأنها تنوير قراره، أو ليس بإمكانه اعتبار اشتراطات العقد منشئة وضعاً واقعياً تجاه الغير»⁽⁴⁾.

إن الاشتراطات، بالنسبة إلى محكمة النقض، يمكن استخدامها كمعلومات، وكذلك

= Obligations، المجلد 4، رقم 440 وما يليه - Ch. LARROUMET، المرجع عينه، رقم 743 - F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations، الطبعة الرابعة، رقم 651 وما يليه - M. AUSSEL، الطبعة الرابعة، رقم 651 وما يليه - Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Les obligations، أطروحة في مونييه، 1961، صفحة 70 وما يليها - Essai sur la notion de tiers en droit civil français، J. - L. GOUTAL، Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat، منشورات Y. FLOUR، L'effet des contrats à l'égard des tiers، 1981، H. Batiffol، رقم 32 - J.G.D.J. F.، en droit international privé، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، باريس II، رقم 7 - F. BERTRAND، Essai sur l'opposabilité du contrat aux tiers، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، باريس II، رقم 5 - J. DUCLOS، L'opposabilité، essai d'une théorie générale، المذكور آنفاً، رقم 27 ورقم 28.

(1) انظر على وجه الخصوص R. KRASER, C. HEYMANS, Der Schutz Vertraglicher Rechte gegen den Dritten (حماية الحقوق العقدية ضد تدخلات الغير)، Verlag K.G. Cologne، 1971، وقد حله في المجلة الفصلية للقانون المدني M. PÉDAMON.

(2) انظر G. DURY في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1969، صفحة 775.

(3) النشرة المدنية I، رقم 55، صفحة 44. انظر مع الصفحة عينها، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تموز 1956، النشرة المدنية، 1، رقم 290، صفحة 236.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 آذار 1972، النشرة المدنية، III، رقم 193، صفحة 136.

يمكن أن تخلق وضعاً واقعياً تجاه الغير، ويتميز آخر وضعاً يحتاج به في وجه الغير بدون أن تقول ذلك صراحة.

وتأخذ محكمة النقض، بالموازاة، بأن الواقعة ذاتها، القابلة لأن تشكل تخلفاً عن موجب موجود بين الفريقين المرتبطين بعقد، يمكن أن تكون بمثابة خطأ شبه تقصيري يجعل فاعله مسؤولاً تجاه الغير الأجنبي عن العقد⁽¹⁾. والغير الأجنبي عن العقد بإمكانه إذا التمسك بالخطأ الذي ارتكبه أحد الفريقين في عدم تنفيذ موجباته العقدية، في وسعه بالتالي مواجهة الفريقين، كوضع واقعي، بعدم تنفيذ موجب إنشاء العقد الذي لا يستطيعان التذرع بمفاعيله الملزمة.

وبصورة عامة، وكما ذكرت بذلك الغرفة التجارية في محكمة النقض في 22 تشرين الأول 1991⁽²⁾، في حكم نقض لانتهاك المادة 1165 من القانون المدني، «إمكان الغير الأجنبي عن العقد، إذا لم يكن ذاتاً أو مديناً، التمسك لمنفعته، كواقعة قانونية، بالوضع الذي خلقه العقد». وعلى وجه خاص بإمكان الكفلاء التمسك بأن اتفاقية ما بين مصرفين أخرجت، من الذمة المالية للكفيل الذي تعهد تجاهه، الديون (له) التي تشكل موضوع الكفالة، مما يجعل هذه الكفالة بدون موضوع.

وبالمقابل يبقى مبدأ نسبية العقود مطبقاً ما دام أن الأمر يتعلق بتحديد موجبات الفريقين.

وهكذا مثلاً ردت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 27 نيسان 1978⁽³⁾ سبب التسريح المقدم من كاتب عدل لم ينفذ وكالة بعدم التخلي عن مال مقترض إلّا بشروط معينة، وتذرع بأن عقد القرض الموقع بعد يومين يخضع المقرضين فقط لهذه الشروط بحيث أن هذه الشروط تلغي التعليقات السابقة وتستبعد مسؤولية المهنة». وبالنسبة إلى محكمة النقض «إن عقد القرض الذي لم يكن الكاتب العدل. فريقاً فيه لا يمكن أن يكون له مفعول على الوكالة التي عهذ إليه بها سابقاً». والمقد المبرم بين الموكل والمقرض الذي ليس له مفعول ملزم إلّا بين الفريقين المتعاقدين لا يمكن أن يعدل الموجبات الملزمة على عاتق الكاتب العدل بموجب العقد المتميز عن الوكالة التي تربطه بالمقرض.

كما أن الغرفة المدنية الثالثة امتدعت، في 10 نيسان 1991⁽⁴⁾، ادعاء شريك في الملكية اشكن من عدم مراعاة شريك آخر في الملكية الكشف الوصفي الملحق بعقد الحجز، بملاحظة أن محكمة الاستئناف، لكون العقد التمهيدي لم يكن يربط إلّا الحاجز والمحجوز

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 كانون الثاني 1973، النشرة المدنية، IV، رقم 28، صفحة 22.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 302، صفحة 209، Dalloz - Sirey، 1993، صفحة 181، تعليق J. GHESTIN.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 159، صفحة 126.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 116، صفحة 66.

له ولا يتضمن أي موجب تسليم، أخذت. . بأنه ليس ثمة أي مستند يضع على الشركاء في الملكية أو الشاغلين مسؤولية أن يكون لديهم سباط أو نسيج مخملي الوبر (moquette) في الغرف «الجافة»، واستنتجت من ذلك أن الشركة البائنة واليد Hazera لم ينتهكا أي تعهد عقدي تجاه السيد Didry، سؤغت حكمها قانوناً.

327 - سلطان الإرادة لا يمكن أن يسوّغ مبدأ حجية العقد.

ظن بعض المؤلفين⁽¹⁾ إمكانية التأكيد أن الاجتهاد الذي يعاقب حجية العقد تجاه الغير لم ينكر لسلطان الإرادة بل استلهمها مباشرة على عكس ذلك. وقد كتبوا «بدلاً من تفسيره كما يتم ذلك تقليدياً عن طريق العمل بقواعد المسؤولية، يقتضي بالفعل أن لا نرى في ذلك، وبصورة أبسط بكثير، سوى تطبيق لمبدأ قوة العقد الملزمة ذاته». ويرجع هؤلاء المؤلفون، لتسويغ هذا التأكيد، إلى المادة 1134 من القانون المدني وإلى القول المأثور الأسبق تاريخياً هو المفضل في الحق، وأخيراً إلى «قاعدة الأفضلية الزمنية نفسها التي يأمر بها الوفاء بالوعد».

وقد انتقد أحد المؤلفين هذا التفسير⁽²⁾. إن القوة الملزمة للعقد يمكن أن تفسر قاعدة نسبية المفعول الملزم للعقد الذي ليس في وسعه أن يجعل الغير مديناً أو دائناً إنها، تسوّغ أيضاً مسؤولية المدين الذي، بتعاqude مع الغير على تعهد في تمنع مع التعهد الذي يربطه بدائنه، ينتكر للقاعدة المطروحة في المادة 1134 من القانون المدني. وبالمقابل يندو مبدأ القوة الملزمة للعقد عاجزاً «عن تسويغ واجب الغير في احترام الموجب تحت طائلة اعتباره مسؤولاً تقصيراً. وهذه المسؤولية لا تولد من العقد ذاته، إذ ليس فيه مصدرها بشكل مباشر» إنها تولد من الخطأ الذي ارتكبه بعدم مراعاة حق يعرف أنه موجود عن طريق إبرام العقد. ولا يستهدف مبدأ قوة العقد الملزمة ومبدأ سلطان الإرادة سوى المتعاقدين وهما غير قابلين للتطبيق في حق الغير⁽³⁾.

إن هذه الانتقادات في الحقيقة غير مسوّغة إلا جزئياً. ثمة بالفعل رباط غير قابل للانتقال بين قوة العقد الملزمة وحجيته. على أن الحجية ليست مجرد تطبيق للقوة الملزمة، ذلك بأن هذين المبدأين هما في الواقع على الصعيد عينه في نظر القانون الوضعي: إن الأمر يتعلق بإزالة التبعين تكميليتين تهدفان إلى تأمين فعالية العقد، الأولى هي القوة الملزمة بين الطرفين، والثانية هي الحجية تجاه الغير.

وسنرى أن الحجية، كإزالة إضافية للقوة الملزمة، يمكن أن يكون مفعولها، ولاسيما

(1) J. FLOUR et J.L. AUBERT, Obligations, المجلد 1، الطبعة الخامسة، رقم 434، وقد عدل السيد AUBERT هذا النص في الطبعة السادسة من المؤلف عنه، رقم 443.

(2) F. BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 172.

(3) انظر بالمعنى عنه J.L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 43، ملاحظة أن مجال تطبيق الحجية لا يتصرف إذاً إلا عند الطرفين عندما تبدأ بالنسبة إليهما هذه الظاهرة مختلفة تماماً عما هو المفعول الملزم.

في التفرغ عن الدين، جعل الغير مديناً. والمدين المحال عليه في هذا المثال يصبح بالفعل، بمقدار ما يحجب بالتنازل تجاهه، مدين المتنازل له في حين أنه لم يكن فريقاً في عقد حوالة الدين.

من الواضح أن سلطان الإرادة، المعتبر سلطة سيده لهذه الإرادة، ليس في وسعه تفسير هذا الحل. إن احترام الوعد ليس بإمكانه، بالفعل، تمويه أن يغدو أحد الأشخاص الذي لم تشارك إرادته في شيء في حوالة الدين مديناً للتنازل له فيتعلق الأمر عند ذلك باحترام وعد الغير، مما يعني نفى سلطان الإرادة.

وينبغي، في الحقيقة، في سبيل فهم حجية العقد والأوضاع العقدية وتسويغها، الانطلاق منطقياً من مبدأ الحجية العامة للمحقوق الذاتية⁽¹⁾.

328 - يستتج مبدأ حجية العقد من الحجية العامة للمحقوق الذاتية.

سبق أن بينا أن «الحق الذاتي هو أولاً وبشكل أساسي نمط تعريف الوضع القانوني للفرد تجاه الغير. وهذه النقطة غير قابلة للمناقشة إذا تفحصنا الحق في فرض تنفيذ موجب على شخص معين. ولكن الأمر على هذا النحو أيضاً بالنسبة إلى النماذج الأخرى من العقود. فالملكية مثلاً سلطة حاصرة لاستعمال الشيء الذي تتناوله والتصرف به والتمتع به؛ والحال أن استبعاد الغير هو شكل من العلاقة الاجتماعية... بالضرورة، والحق الذاتي يشمل كعلاقة الفرد بأشخاص آخرين»⁽²⁾.

وأحدى مزايا الفرضية الشخصانية للمحقوق العينية التي دافع عنها Planiol كانت، عند تحليل هذه الحقوق بأنها تولد موجباً منفصلاً شمولياً، أي موجب الجميع بالاستمتاع عن تفكير حق الحائر، التذكير بأن تعريف الحقوق الذاتية يجب بالضرورة أن يتموضع على صعيد

(1) انظر J. DUCLOS، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 130 إلى 136: «الحجية مفهوم ملازم للحق الذاتي» F. BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 172 وما يليه، ملاحظة ما يلي (رقم 172): «يبدو في النهاية أن أساس موجب الاستقرار يكمن بالأحرى في قوة الحق الذاتي الذي خلقت الاتفاقية التي ليست سوى مولدته». ريتي السيد Aubert في الطبعة السادسة (1984) للمجلد 1 من J. FLOUR et J.L. AUBERT، المراجع عينه، رقم 443، في النهاية في ما هو أساسي تحليلاً يقترب كثيراً من التحليل الذي اقترحه في عام 1983. فبالنسبة إليه بالفعل «إن مبدأ حجية العقد والحقوق والواجبات التي ينشئها في مظهرين: الحجية من قبل الغير والحجية ضد الغير - يشكل الامتداد الضروري لمفهوم الحق الذاتي. وتأكيد امتياز فردي، من جهة أولى، ليس له معنى إلا بحجتيه ضد الغير. والعقد من جهة ثانية، بكونه أداة يهدف بها القانون لمن هم أهل للحق لتنظيم علاقاتهم القانونية وحقوقهم، ينبغي أن يستفيد هو نفسه من حجية مشابهة». ويضيف «من المسموح به، في ما يتعلق بالضبط بحجية العقد من قبل الغير، أن نرى فيه الضريبة الضرورية لتفويض السلطة التي يراعى القانون على إصطفاها للإرادات الفردية: الإرادة العقدية ملزمة بالنسبة إلى الجميع». ويلاحظ «في ما يتعلق بحجية العقد تجاه الغير أن الحجية ليست اعتداء على مبدأ المفعول المتسي وانها لا تتنافى مع فكرة سلطان الإرادة طالما أنها تكفي بأن تفرض من حيث الصدا احترام التعهد المتخذ في المقام الأول، وفقاً للفرد للمؤثر الأسبق زماناً هو المفضل، والأمن القانوني يقوم وحده إلى الاستثناء عندما يجعل المتعاقد الثاني الوضع السابق».

(2) المدخل العام، رقم 187.

العلاقات الاجتماعية. بيد أننا نبينا أن المقارنة التي أجراها Planiol بين الحقوق العينية والحقوق في الدين (له) بفظاء «الموجب المنفعل الشمولي» تلجأ، بالمقابل، إلى خلط أكيد بين مفهوم الحجية ومفهوم الموجب بالمعنى التقني للتعبير.

«من الصحيح أن الحقوق العينية تؤدي، بالنسبة إلى أي كان، إلى واجب احترامها: أنها يحتج بها تجاه الجميع. ووصف هذا الواجب بالموجب المنفعل الشمولي يزيق الإمكانيات. بالفعل، عند الانتقال إلى الحق في الدين نلاحظ أن المدين ملزم وحده، طالما أن عليه تنفيذ التقديم. من هنا تنجر إلى القول إن مراعاة الحق العيني تفرض نفسها على الجميع في حين أن مراعاة الحق في الدين لا تفرض إلا على المدين. والحال أن هذا الطرح غير صحيح. فالخير ليس في وسعه انتهاك حق الدائن تجاه مدته بدون عقاب... فكل حق ذاتي، أي كان، يولد ما نسميه الفرضية الشخصية «الموجب المنفعل الشمولي»؛ ليس ثمة حق لا يحتج به اتجاه الجميع»⁽¹⁾.

هناك إذا مبدأ عام لحجية الحقوق الذاتية، سواء أكانت عينية أو حقوق في الدين (له). من هذه الحجية العامة يتميز وضع المدين في الحق في الدين (له). فهو ليس في وضعه تجاه الجمهور ملزماً فقط بمراعاة حق الغير. إن عليه تنفيذ تقديم محدد. «إنه يتحمل «سلطاناً» على شخصه يتجاوز مجرد تقييد حرياته»⁽²⁾. وهذا ما يدل عليه بعبارة دين (عليه) أو موجب يتدرج في المظاولات من الذمة المالية للمدين، في حين أن التعديلات المادية للحرية التي تفرضها مراعاة لحقوق الذاتية لا تتدرج فيها.

وقدم التصنيف الأصلي للحقوق المتعلقة بالذمة المالية الذي اقترحه السيد Ginossar، انطلاقاً من تعريف جديد للملكية والحقوق العينية، الدين على أنه «مال يعود إلى الدائن ويرتبط بذمة المالية الخاصة بمفعول حق الملكية»⁽³⁾. ويميز المؤلف انطلاقاً من ذلك في الحق في الدين «تراكم حقين: أحدهما السلطة ضد المدين، والثاني ملكية الحق السابق»⁽⁴⁾. ويسمى أيضاً إلى تفسير حجية الحق في الدين تجاه الجميع، وهو حق يشكل في عرفه أحد الألفاظ الذي عجز الفقه التقليدي عن تفسيره⁽⁵⁾. والحق في الدين (له)، هو حق نسبي بمقتضاء يكون المدين وحده ملزماً به، وفي الوقت عينه يحتج به تجاه الجميع، لأن الحجية تجاه الجميع هي خاصية الملكية. ولأن الدائن، في عرفه، هو مالك دينه (له)، بإمكانه أن يفرض على الجميع مراعاة حقه. وبالمقابل توحد العلاقة، وهي رباط موجب بتعايش مع الملكية، الدائن بالمدين وحسب.

(1) المدخل العام، رقم 218.

(2) المرجع عين.

(3) Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux.

مشتريات L.G.D.J. 1960، صفحة 35.

(4) المرجع عين، صفحة 85 و صفحة 86.

(5) المرجع عين، صفحة 181 وما يليها.

لقد بينّا في الحقيقة أن «حجية حق الدائن تجاه الجميع هي خاصية الحقوق الذاتية جميعاً التي تحفظ للمفرد منطقة سلطة غير قابلة لأن ينفذ الغير إليها»⁽¹⁾، ولأن إمكانية الدائن في التصرف بحقه الموجود في ذمته المالية كمال مكتسبة منذ وقت طويل، رغمًا عن التقييدات المتعلقة بالطبيعة الخاصة لهذا الحال⁽²⁾.

على أن لفرضية السيد Ginassor فائدة جذب الانتباه بشكل خاص إلى العلاقات الشخصية التي غالباً ما تولد بين حائزي أقسام في ملكية المال عينه. وقد لاحظنا في هذا الوضع، عندما يكون تقديم إيجابى غير مطلوب امتداداً إلى تعهد شخصي وإنما يسبب صفة مالك حق عيني آخر أو حائزة، أن ثمة موجباً بالتأكيد، موجباً عينياً أو «أيضاً شيئاً خاصاً»⁽³⁾. وسنرى أن هذه الموجبات العينية تشكل صعوبة عندما يتعلق الأمر بتحديد المجال الصحيح للحجية، بمقدار ما تولد مفعولاً ملزماً انطلاقاً من مجرد حجية حق عيني⁽⁴⁾.

ومن المناسب، في أي حال، تطبيق مبدأ حجية الوضع القانوني الذي أنشأه العقد، مما يميز حجية الحقوق الذاتية بصورة عامة. ويتعلق الأمر عموماً بواجب عدم فعل أي شيء يمكن أن يشكل عقبة أمام المفاعيل الملزمة للعقد، وتعبير آخر، بمجرد واجب الامتناع وليس بواجب إعطاء أو فعل⁽⁵⁾.

على أننا سنرى، في ما يختص بحجية العقد، وفي بعض الظروف، أن الفعالية ذاتها للمفعول الملزم تفرض امتناع مبدأ تكميلي لحجية الموجب بالنسبة إلى الغير بإعطاء شيء ما أو بفعله امتداداً إلى العقد الذي لم يكن قريباً فيه. وذلك غير قابل للجدال في العقود التي يكون موضوعها نقل دين، كحالة الدين أو الحلول على سبيل المثال.

إن هذه الملاحظات تعطي، بالتأكيد، مدى أكثر نسبة للتفريق التقليدي اليوم بين المفعول الملزم للعقد وحجته. ويبدو، بالمقابل، أنها تجعل تحليل الحقيقة أفضل. أليس هذا العدى النسبي على الأكثر مؤكد بهذه الملاحظة أن التفريق، خارج القانونين الفرنسي والبلجيكي، لا يبدو أنه تم قبوله من قبل أي نظام قانوني آخر؟ أنه يحتفظ بمنفعة أكيدة شرط رؤية مداه الصحيح وحدوده.

بعد تحديد هذا التفريق تبقى إعادة تفحص تفريق آخر، التفريق الذي يواجهه الفرقاء بالغير.

(1) المدخل العام، رقم 189 ورقم 222.

(2) J. GHESTIN, La transmission des obligations en droit positif français, in La transmission des obligations, أعمال اليوميات التاسعة الدراسات Jean Dubin القانونية، 1980، صفحة 5، رقم 1.

(3) المدخل العام، رقم 222.

(4) انظر الرعنين 425 و 427 للملاحظين.

(5) انظر Y. FLOUR، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 37: «التفريق واضح في مبدئه: ليس في وسع الدائن أن يتطلب من الغير أي عمل إيجابى للتنفيذ، فهذا الغير ليس ملزماً إلا بموجب منفصل صرف، عدم تمكين السجى الطبيعي للعقد».

القسم 2

التفريق بين الفرقاء والغير

329 - تأثير رد مبدأ سلطان الإرادة.

يقود مبدأ سلطان الإرادة، كما رأينا، إلى تحديد المفعول الملزم للعقد بين الفريقين المتعاقدين، أي بين من أرادوا بتوافق الإرادة إبرام العقد. ورد هذا المبدأ يمكن أن يقود إلى نتائج مختلفة.

لا شك في أن دور إرادة الفريقين المتعاقدين في تكوين العقد والخاصية التي يضفيها على هذا النمط من إنشاء المعاقيل الملزمة، يتيحان أن يُطرح، من حيث المبدأ، إن هذين الفريقين وحدهما ملزمان بالعقد الذي أبرماه. إن حلاً كهذا له بالفعل نتيجة منطقية ومعقولة للسلطة المعترف بها لحق الفريقين المتعاقدين الموضوعي. بيد أن الاستثناءات التي دعت العميد Savatier إلى رفض «مبدأ المفعول النسبي المزعوم للعقود»⁽¹⁾ تسهل إلى حد كبير تفسيرها وتبريرها إذا أخذنا بأن القانون الموضوعي وليس سلطان إرادة الفريقين هو الذي يحدد في النهاية المفاعيل التي أطلقها توافق الإرادتين. كما أن القانون الموضوعي، إذ يحدد شروط تكوين العقد ومعاقبتها، وكذلك القوة الملزمة التي من المناسب الاعتراف بها للعقود يحدد، انطلاقاً من المبادئ الموجهة ذاتها للمعادلة العقدية والمنفعة الاجتماعية، مجال مفاعيل العقد. فالمنفعة الاجتماعية للمحقوق الذاتية تفرض أن تكون تلك التي مصدرها العقد محتجاً بها تجاه الجميع بالشروط عينها للمحقوق الذاتية بصورة عامة. إلا أن المنفعة الاجتماعية يمكن أن تتطلب، بالإضافة إلى ذلك، أن يكون آخرون غير الذين أبرموا العقد حائزين ومنفعلن بالنسبة إلى المفاعيل الملزمة التي يولدها العقد.

330 - تفريق بين الغير أم بين الفريقين؟

إذا انطلقنا من تعريف الفريقين الأكثر قبولا على وجه العموم، وباعتبار أن هذين الفريقين هما الشخصان اللذان أبرما العقد، إما مباشرة وإما من قبل ممثليهما الاتفاقيين أو

(1) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1934، صفحة 525.

القانونيين، فإننا نتمكن، عبر هذا التفريق بين أنواع الغير، من محاولة تحديد الذين يمكن، مع احتفاظهم بهذه الصفة، استثنائياً، أن يكونوا ملزمين بالعقد.

ويجري، حتى في هذه الرؤية، تخصيص مكان للذين يجب مائلتهم بالفرقاء⁽¹⁾. من المسموح به، انطلاقاً من هنا، التساؤل، بالموازاة مع التفريق بين الغير، عما إذا كان من المناسب توسيع تعريف الفرقاء بأن يندمج في هذه الفئة، إلى جانب الفرقاء المتعاقدين بحصر المعنى، أشخاص آخرون يكونون مع ذلك، بدون أن يكونوا قد أبرموا العقد، مرتبطين بمفاعيله الملزمة.

وستتضح، بعد أن ذكرنا بالتفريقات التقليدية للغير، تصنيفاً جديداً للفرقين والغير.

الفقرة 1 - التفريقات التقليدية بين الغير

331 - نسبة مفهوم الغير والنياسه.

الغير يتعارض مع الفريقين، أي بشكل بديهي مع الأشخاص الذين أبرموا العقد. بيد أن التفريق معقد بشكل خاص بوجود فئات وسيطة لها بالفريقين روابط تنزع إلى تقريب وضعه إلى حد ما من وضع الفريقين ذاتهما.

يجري التفريق بين الخلف الكليين أو بصفة كلية والخلفاء بصفة خاصة والذاتيين الذين يكون بعضهم عادي في حين أن بعضهم الآخر حائز حق خاص في عنصر من ذمة المدين المالية. والفئة المتبقية هي فئة الغير المسماة أيضاً في بعض الأحيان الغير المطلق أو الأجنبي.

وتتغير، على صعيد المصطلح، فئة الأشخاص المعقودين بكلمة غير حسب استعمالها⁽²⁾. والقانون يدل تحت هذا التعبير تارة على جميع الأشخاص الذين ليسوا فرقاء، وطوراً على الغير (الغير العادي) بخلاف الفرقاء وخلفائهم. ويتعلق الأمر بفئة سلبية بخلاف فئة أخرى. بيد أن هذه الفئة ليست محددة دائماً، ويتج عن ذلك بعض اللبس.

يضاف إلى ذلك أن هذه الأوصاف يمكن أن تطبق معاً على شخصين. فمكتسب ملكية عقار هو خلف بصفة خاصة لبايعه وكذلك دائنه العادي، ولا سيما بموجب ضمان، وهو الغير بالنسبة إلى كل ما يتعلق بالعقار المباع.

وينبغي أن نفهم تماماً أن الغير ليس بالضرورة أشخاصاً أجنبيين كلياً عن الفريقين. وفي

(1) انظر بالنسبة إلى الخلفاء الكليين، H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه الجزء 2، رقم 1258. Ch. Larroumet، المرجع عينه، رقم 741 ورقم 778. J. L. Aubert، Obligations - 778، المجلد 1، الطبعة الخامسة، رقم 419؛ وفي الطبعة السابعة للكتاب عينه، رقم 445، كتب السيد Aubert بشكل أصح أن الخلفاء الكليين يفقدون هكنا صفتهم الأصلية كغير لكي يستفروا في وضع الفريق في العقد الذي يخلفونه.

(2) انظر: J. M. Aussel، Essai sur la notion de tiers en droit civil français، أطروحة في مونييه، 1953.

الواقع إذا طرحت مسألة مفاعيل العقد تجاههم فذلك لأن لهم أو هم قابلون لأن تكون لهم علاقة معينة بأحد الطرفين، وهذا الرباط وحده لا يعطيهم صفة الخلف أو الدائن المتوافقة مع وضع قانوني محدد.

وسنبرن بدقة تعريف المخلفاء الكليين وبصفة كلية، والمخلفاء بصفة خاصة والدائنين العاديين.

332 - المخلفاء الكليون أو بصفة كلية.

الخلف الكلي هو من يتلقى كامل اللزمة المالية من سلفه. وهذا الانتقال، في القانون الفرنسي، مع الأخذ في الحبان الرباط الذي يوحد اللزمة المالية بالشخص، لا يمكن أن يتم عادة إلا بوفاء حائز اللزمة المالية. فالمقصود صلياً الورثة بدون وصية⁽¹⁾ والموصى لهم الكليون.

والخلف بصفة كلية هو من يتلقى قسماً من اللزمة المالية. والأمر على هذا النحو شلاً عندما يكون هناك وريثان (يتلقى كل منهما نصف التركة)، أو عندما يتناول الإيصاء قسماً من التركة. وهذا الانتقال بصفة كلية يفترض أيضاً وفاة حائز اللزمة المالية.

يرقتضي التذكير هنا⁽²⁾ بأن اللزمة المالية هي كلية حين يجمع حقوقاً وديوناً (عليه) تكون موجودات (أصولاً) ومطلوبات (خصوماً) غير قابلة للانفصال، بحيث أن الحقوق تضمن تنفيذ الموجبات. ووحدة العناصر التي تكون هذه الكلية، حسب النظرية الشهيرة للذمة المالية التي قدمها Rau و Aubry، ليست سوى كلية مروض الحقوق والموجبات. فالشخص نفسه هو الذي يحوز حقوقاً حاضرة أو مستقبلية والذي هو ملزم أو سيكون ملزماً بموجباته. وبما أن اللزمة المالية تتماثل بالشخص فإن كل واحد لا يمكن أن تكون له سوى ذمة مالية واحدة. والذمة المالية، وهي غير قابلة للانقسام، غير قابلة للانتقال أيضاً في حياة حائزها، وذلك نتيجة منطقية للتحليل الشخصاني للذمة المالية.

على أن الانتقال الإجمالي للذمة المالية يمكن أن يتم عندما تنطفيء الشخصانية بالوفاة. بيد أن الموضوع الذي كان يشمل العنصر التآكفي لمكونات اللزمة المالية إذا ما احتفى لا تعود الوحدة بين الحقوق والموجبات قابلة للتفسير. فلجأ المدافعون عن النظرية التقليدية عند ذلك إلى تخيل استمرارية شخص المتوفي في ورثته⁽³⁾. غير أن حيلة تسويغ كهذا كانت موضع رفض. ويضاف إلى ذلك أنه لا طائل تحتها.

وليست الوراثة ذمة مالية حقيقية، أي المحتوى الذي يحتفظ بهويته أبداً كانت الحقوق والواجبات التي تكونه. ولا يتعلق الأمر ببقية اللزمة المالية التي تجتمع بوفاء حائزها. وهذه

(1) بخلاف الموصى لهم.

(2) انظر المدخل العام، الأرقام 196 إلى 200.

(3) انظر بهذا المعنى بصورة خاصة G. Marty et P. Raynaud، المرجع عنه، الجزء الأول، رقم 263.

المجموعة من الحقوق والواجبات هي التي يجب أن تنتقل لا الشخصية الضرورية لكي تكتسب أموالاً جديدة أو تلتزم بديون جديدة. والوريث، بمفعول القواعد الإرثية، مزود، بواسطة الوفاة وحدها، بحقوق المتوفى وديونه جميعاً التي تدخل وتذوب في ذمته المالية مع مراعاة فصل ناتج عن القبول مع حق الجرد أو فصل الذمتين الماليتين. وبمقتضى المادة 724 من القانون المدني «الورثة الشرعيون والورثة الطبيعيون والزوج الباقي على قيد الحياة يملكون بقوة القانون أموال المتوفى وأسهمه، مع موجب الاضطلاع بأعباء التركة كلها»، وحسب المادة 873 «الورثة ملزمون بديون التركة وأعبائها شخصياً بالنسبة إلى حصصهم وحصصه المذكورة، وبجميعها في صدد الرهن العقاري...». وتطبق المادتان 1009 و 1012 القاعدة عليها على الموصى له الكلي والموصى له بصفة كلية.

إن ما يهم هذه الدراسة، في أي حال، هو أن الأموال والديون الإرثية، بدون انتقال، مرتبطة بأهل للحن آخر، بخلف كلي أو بصفة كلية.

وللأشخاص المعنويين، ولا سيما الشركات والرابطات والتقايات، أيضاً ذمة مالية. وهذه الذمة المالية، عند حلها، تنتقل طبيعياً إلى شخص معنوي آخر تكون له صفة الخلف الكلي أو بصفة كلية. والأمر على هذا النحو بصورة خاصة في حالة امتصاص شركة لشركة أخرى أو اندماجها أو تأميمها.

وقد طرحت المادة 1122 من القانون المدني هذا الانتقال إلى الخلفاء الكليين بهذه العبارات: «من المفترض أنه جرى الاشتراط للذات وللورثة والخلفاء، إلا أن يثبت العكس أو ينتج عن طبيعة الاتفاقية». أن الخلفاء بصفة كلية مقصودون بالتأكيد بهذا النص، والسألة الوحيدة هي معرفة ما إذا كان يطبق أيضاً على الخلفاء بصفة خاصة. وينبغي، إضافة إلى ذلك فهم «اشتراط» في المعنى الواسع «لتعاقد» طالما أن أصحاب العلاقة بتلقون الديون (عليه) والديون (له) على حد سواء من سلفهم. وهذا ما فعلت محكمة النقض.

فالغرفة المدنية الأولى، بعد أن ذكرت، في 2 حزيران 1987⁽¹⁾، بأنه حسب المادة 1122 «من المفترض أنه جرى الاشتراط للذات وللورثة، وينتج عن ذلك أن الورثة ملزمون بموجبات مورثهم»، نقضت، لانتهاك هذا النص، حكماً أبطل اتفاقيات تنتمي إلى الإيجارات الريفية وتتناول أموالاً شائعة كان قد أبرمها أحد المالكين على الشيوع الذي توفي بعد ذلك، بدون موافقة الآخرين. وكان الحكم المطعون فيه قد استبعد سبب التسويغ التي تمسك به المستأجر بأن «أخصامه الملزمين بموجبات مورثهم كان عليهم ضمانته»، أي ضمان المنتج الهادى، بالأمكان المؤجرة، بالملاحظة أن هؤلاء الورثة «لم يتصرفوا بصفة ورثة وإنما بصفة شركاء في الشيوع». وبالنسبة إلى محكمة النقض «إن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أن المدعين «الذين قبلوا الوراثة بلا قيد أو شرط كانوا ملزمين بموجب

(1) النشرة المدنية، أ، رقم 177، صفحة 133.

الضمان تجاه اتفاقيات أبرمها مورثهم، انتهكت» المادة 1122 من القانون المدني.
إن الخلفاء بصفة كلية ليسوا الغير أيضاً بمعنى المادة 1321 من القانون المدني التي
تنص على أن: «الكتب المضادة لا يمكن أن يكون لها مفعول إلا بين الفريقين المتعاقدين؛
وليس لها على الإطلاق مفعول ضد الغير».

وسرّغت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 4 آذار 1981⁽¹⁾، حكم نقض
لانتهاك هذا النص بالملاحظة «أن الذمة المالية للشركة الأوروبية للتحويل كانت قد آلت
إجمالاً إلى مصرف البحر المتوسط في فرنسا، ولم يكن هذا المصرف الغير بمعنى المادة
1321 من القانون المدني في ما يتعلق بالقروض التي أعطاهها المصرف الذي جرى
امتحاضه، وأن السبلة Smadja يمكن قبولها لكي تثبت حسب القانون العام، تجاه
المتعاقدة، صورية العقود الموثقة».

غير أن الورثة أصحاب الحقوق المحفوظة، رغمًا عن صفتهم كخلفاء بصفة كلية،
يستفيدون من حق خاص بهم في حماية حصصهم في ذمة المتوفى المالية الذي لا يستطيع
التصرف بها بصفة مجانية. وبإمكانهم، لحملهم على مراعاة ذلك، إقامة دعوى تخفيض
التبرعات التي تتجاوز نصاب الوصية. فيقيمون هذه الدعوى كالغير بالنسبة إلى مورثهم، مما
يجيز لهم بصورة خاصة أن يمارسوا، بهذه الصفة، دعوى إعلان الصورية ضد التبرعات
المستترة التي يقوم بها مورثهم والتي تعتدي على حصصهم المحفوظة.

يضاف إلى ذلك أن المبدأ الذي طرحته المادة 1122 من القانون المدني يتضمن
استثناءين.

بإمكان الفريقين أولاً أن يشترطا، بشكل سليم، أن العقد لن يقيد الورثة. فيكون
الإيجار معقوداً مثلاً طيلة حياة المستأجر.

ثم إن طبيعة العقد يمكن أن تستبعد منه الموجب. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى
الاتفاقيات العبرمة بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه.

ويطبق هذا الحل بالطبع عندما يستدعي العقد، كالكوكالة، بين الفريقين ثقة خاصة
تماماً. ولذلك، وحسب المادة 2093 من القانون المدني، «عندما تنتهي الوكالة بوفاء.. إما
الموكل وإما الوكيل». والأمر كذلك، بصورة عامة، عندما يكون العقد قد أبرم آخذاً في
الاعتبار صفات المدين الشخصية. فمن يستعين بمحام أو مهندس معماري ليس ملزماً بأن
يستمر مع ولده مثلاً، ولو كان هو نفسه محامياً أو مهندساً معمارياً، في تنفيذ العقد.
وبالعكس ليس الورثة ملزمين بتنفيذ موجبات مورثهم. وحسب المادة 1795: «ينحل عقد
إيجار العمل بوفاء العامل أو المهندس المعماري أو القاول».

واستمرار العقود جميعاً، بصورة أهم، التي تتطلب نشاطاً شخصياً للمدين، ولو لم يكن
لهذا النشاط أي صفة خاصة، لا يمكن أن تفرض على ورثة المدين. ولا يمكن أن تكون ثمة

(1) الشرة المدنية، I، رقم 79، صفحة 85.

تقديمات خدمات إرثية. وبالمقابل تنتقل الموجبات الناجمة عن العقود التي تتناول شيئاً ما إلى الورثة.

وعلى وجه خاص، وحسب المادة 1742 من القانون المدني، «لا ينحل عقد الإيجار على الإطلاق بوفاة المؤجر ولا بوفاة المستأجر». كما أن عقد التأمين، حسب المادة 121 - 10 من قانون التأمينات، لا يفسخ بقوة القانون بوفاة المؤمن، مع مراعاة إمكانية الفسخ بالنسبة إلى ورث المؤمن.

333 - الخلفاء بصورة خاصة.

الخلف بصورة خاصة هو من لم ينتقل إليه سوى حق محدد عن طريق مورثه. فهو لا يتلقى مجموع الذمة المالية ولا قسماً منها، وإنما يتلقى حقاً متجزئاً. فالشاري مثلاً في بيع عقار أو مؤسسة تجارية هو خلف خاص للبائع. كما أن المستفيد من إيصاء يتناول مالا محدداً هو خلف خاص للمتوفى.

وهؤلاء الخلفاء بصفة خاصة هم الغير بالنسبة إلى مجمل الأعمال القانونية التي أبرمها مورثهم. «والمسألة التي تطرح عملياً هي معرفة ما إذا كان ثمة غير يبقى بالنسبة إلى العقود المتعلقة بمال أو بحق اكتسبهما».

إن الدائنين أصحاب تأمين عيني أو رهني عقاري أو رهني حيازي مثلاً ينبغي أن يعتبروا، بالنسبة إلى مال مدينهم الذي يتناوله التأمين، خلفاء بصفة خاصة لهذا المدين. فهم يملكون بالفعل حقاً عيبياً تابعاً لدينهم. هم يستفيدون بحق التبع وحق الأفضلية اللذين يبران بشكل محسوس عن حجية حقهم العيني اتجاه الجميع. ويجاز لهم، في الغالب، إذا لم يكونوا حائزي الشيء الذي يشكل تأمينهم، حجز هذا الشيء لدى الغير إذا كان لهذا الأخير حق عيني آخر عليه، حتى لو كان بين يديه مادياً: إنها ممارسة حق التبع. يضاف إلى ذلك، باعتبار أن حقهم العيني التابع معدّ لضمان تنفيذ الموجب التابع له في حال عدم تنفيذ المدين، أن الشيء المثقل بالأعباء يباع ويخصص الثمن لحائز الحق العيني بالأفضلية على باقي المدينين. وهكذا يعطيهم حقهم العيني أفضلية في توزيع ثمن بيع المال موضوع هذا الحق: إنها ممارسة حق الأفضلية⁽¹⁾.

ويحتفظ هؤلاء الدائنون بهذه الصفة التي تضاف إلى صفة الخلف بصورة خاصة، ويستفيدون من الحقوق المرتبطة بها⁽²⁾.

334 - الدائنون العاميون.

يقضي التذكير⁽³⁾ هنا بأن حقوق الدين، بخلاف الحقوق العينية التي تتناول شيئاً ما

(1) انظر المدخل العام، رقم 213.

(2) جمع صفاتهم يعطيهم الحقوق الخاصة بالنسبة إلى ممارسة الدعوى البولائية مثلاً. انظر الرقم 464 اللاحق.

(3) انظر المدخل العام، رقم 214.

موضوعها شخص المدين أو على الأقل نشاطه. وهذا الحق لم يعد يتيح اليوم الاستيلاء على شخص المدين. لم يعد عدم تنفيذ الموجب معاقباً إلا بوسائل إكراه أو تعويض توصل في النهاية إلى حجز عناصر موجودات الذمة المالية (أصولها) للمدين لصالح الدائن. وهذا المعنى، حسب المادة 2092 من القانون المدني، «كل من يلتزم شخصياً ملزم بالقيام بموجبه بالنسبة إلى جميع أمواله المتقولة وغير المتقولة الحاضرة أو المستقبلية»، وحسب المادة 2093 «أموال المدين، رهن مشترك لدائنيه، ويوزع لمنها بينهم مشاركة إلا أن يكون بين الدائنين أسباب مشروعة للأفضلية». وهذا ما يسمى حق الرهن العام للدائنين على ذمة المدين المالية.

ولأن الحق في الدين حق ضد أحد الأشخاص، فإن الأموال الداخلة في موجودات ذمة هذا الشخص المالية (أصولها)، باعتبارها تعود إلى هذا الشخص، مسؤولة عن الديون. ولا يستطيع الدائن أن يحجز سوى الأموال التي يحوّزها المدين في أونة إجراء الحجز (عدم وجود حق تنفع) وجميع الدائنين الذين يملكون السلطة عينها يتنافسون في ممارستها (عدم وجود حق الأفضلية). ولا يمكن أن يقارن الدائن، الذي لا يملك أي حق عيني تابع لدينه على مال محدد لمدينه، بالخلفاء بصفة خاصة.

وينبغي كذلك احتساب⁽¹⁾ اوتباطهم، المؤكد لمدة طويلة، بفئة الخلفاء بصفة كلية⁽²⁾.

ويمكن، بالتأكيد، بصواب إبداء الملاحظة أنهم، كما الورثة، يجب أن تطالهم، لعدم وجود حق التنفع وحق الأفضلية، التعديلات التي تتم في ذمة مدينهم المالية، ولا سيما مفاعيل العقود الناقلة التي تترىها أو تفقرها، والعقود التي تنشئ الموجبات والتي تؤدي إلى زيادة عدد الدائنين المتزاحمين. إلا أن الدائنين، في حين أن الخلفاء بصفة كلية مقيدون بموجودات مورتهم (أصوله) كما بمطلوباته (خصومه)، وهم أبعد من أن يدردوا المطلوبات، يكتّون هذه المطلوبات.

يضاف إلى ذلك أن في وسعهم حماية حقهم في الرهن العام بممارسة عدة دعاوى. فالدعوى البوليانية تتيح لهم تقليدياً إعلان عدم حجية الأعمال المنجزة عن طريق الغش تجاه حقوقهم، في حين أن الدعوى غير المباشرة تجيز لهم ممارسة الأعمال التي أهلها مدينهم المعسر، وأن دعوى إعلان الصورية تسمح لهم بأن يثبتوا لصالحهم الحقيقة التي أخفاها الغريقان في عقد سري. ويجيز لهم قانون 25 كانون الثاني 1985، المتعلق بالتسوية والتصفية القضائية أيضاً، طلب إبطال أعمال الإقترار التي تمت خلال الفترة المشبوهة.

(1) انظر بهذا المعنى H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه، الجزء 2، رقم 1264 - Ch. Larroumet، المرجع عينه، رقم 754.

(2) انظر: J. Bonnetant، Condition juridique du créancier chirographaire، المجلة (المجلة) للقانون المدني، 1920، صفحة 103 وما يليها.

الفقرة 2 - تصنيف جديد للفرقاء والمغير

335 - مقترح، يعد تقديم النقاش الفقهي الحالي، تصنيفاً جديداً لن يدعي سوى أنه عقلي وعملي بقدر ما يمكن، لأن الهدف الوحيد المنشود هو تسمية الفريق أو المغير الأشخاص الذين هم في وضع مشابه على الصعيد المقصود بمفاعيل العقد ويمتلكون امتيازات مشابهة بالنسبة إلى العقد.

I - الجدل الفقهي الحالي

336 - نلخص التفريق بين الفرقاء المتعاقدين والفرقاء المرتبطين كلياً المبني على التفريق بين المنعول الملزم للعقد وحجيته.

ما أن يتم قبول شخص مثل كافرين في العقد بدون أن يكون قد اشترك في إبرامه⁽¹⁾، وإنما لأن الموجبات التي أنشأها العقد هي على عاتقه، حتى يكون من المسموح به التساؤل عما إذا كانت صفة الفريق ينبغي أن تنسب أيضاً إلى الأشخاص الذين هم دائنون أو مدينون بموجب العقد، وعلى وجه أعم إلى الأشخاص المرتبطين الملزمين بمفاعيل العقد⁽²⁾.

ويبدو بداهة أن هذا التفريق هو المفضل على التفريق الذي يتم أحياناً بين الغير الحقيقي والغير الكاذب، طالما أن الغير الكاذب هو بالضرورة فريق، ما دام أن جميع الذين ليسوا فرقاء هم الغير، في تقسيم كهذا، وبالعكس لا يتم تعريف بعضهم إلا بخلاف الآخرين⁽³⁾.

وأحد فوائد هذا التفريق بين الفرقاء هي، في ما يختص بالفرقاء المرتبطين، فصل صفة الفريق في إبرام العقد. ويغدو بالتالي من الممكن أن تُنسب صفة الفريق تبعاً للوضع القائم في الآونة، التي يكون فيها هذا التقدير مفيداً، أي بصورة خاصة في آونة تنفيذ العقد وليس في آونة تكوينه. لأنه من المهم، في هذه الآونة، معرفة من هو الملزم في هذا العقد ومن هو ملزم بمراعاة الوضع القانوني الذي أنشأه. والحال أنه ما لجدال فيه أن حائزي المقاعيل الملزمة للعقد لن يكونوا بالضرورة، في آونة تنفيذه، من أبرمه في الأصل⁽⁴⁾.

(1) انظر على سبيل المثال G. Marty et P. Raynaud، المرجع عنه الجزء 1، رقم 262، اللذين يدمجان بالفرقاء الأشخاص الممثلين في إبرام العقد.

(2) انظر بهذا المعنى G. Farjat، Droit privé de l'économie dans les actes juridiques، الجزء II، نظرية الموجبات، 1975، صفحة 74 - أطروحة في M. Storek، Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques - ستراسبورغ، منشورات L.G.D.J.، 1982، مقالة D. Huet Weiller، رقم 48، صفحة 43.

(3) انظر بهذا المعنى، ضمناً، Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عنه، رقم 657، اللذين يحددان الفئة المتغيرة للغير بملاحظة أن بعضهم يصبح فرقاء خلال تنفيذ العقد.

(4) G. Marty et P. Raynaud، المرجع عنه، الجزء I، رقم 262، اللذين يلاحظان أن «حلقة الفرقاء ليست محددة نهائياً في آونة تكوين العقد» - Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عنه، رقم 657، وهما يلاحظان أنه «لتحديد مجال الاتفاقية، لا يكفي التوضع في آونة تكوينها وتسمية الأشخاص اللذين يتبادلون الرضا، =

ويمكن، انطلاقاً من هذا التفريق، أن تنسب صفة الغير إلى جميع الذين ليسوا مرتبطين بالعقد وهم يتحملون فقط حجبيته أو يستفيدون منها. ويقعدو الفرقاء إذاً المقيدين بمفاعيل العقد الملزمة شرط التفريق بين الفرقاء المتعاقدين والفرقاء المقيدين.

على أن اعتراضاً أول يبرز فوراً. إن الصيغة تشمل لأول وهلة كتمصيل حاصل. فالفرقاء المقيدون هم بالطبع الأشخاص الذين تطبق عليهم المفاعيل الملزمة للعقد. والقول إن مفاعيل العقد الملزمة تمتد إلى الفرقاء المقيدين بهذه المفاعيل يعني الإجابة على السؤال بالسؤال عنه، مما يمكن أن يبدو مجرداً من الفائدة كلياً.

بيد أنه يمكن الإجابة على هذا الاعتراض بأن واقعة مواجهة الأشخاص الذين هم مرتبطون بهذا العقد، وليس الفرقاء المتعاقدين، أي الأشخاص الذين أبرموا العقد، تتيح تحديد المجالات الخاصة بالمفعول الملزم للعقد، المخصص للفرقاء، وحجبيته التي نهم الغير. وبالأخذ في الحسبان أنه لم يعد أحد يعارض امتداد مفاعيل العقد الملزمة بالتأكيد إلى غير الفرقاء المتعاقدين، أي غير الذين أبرموا العقد، يقود تعريف ضيق للفرقاء، حتى إذا ما أضيف إليهم بعض من يماثلونهم، إلى إدخال فئة وسيطة بين الفرقاء والغير محتواها متغير حسب المؤلفين، أو إذا ما تم قبول امتداد مفاعيل العقد الملزمة إلى الغير الذي هو خارج الاشتراط لمصلحة الغير الوارد في المادة 1165 من القانون المدني، حتى إذا تم الأخذ بالافتراضين في الوقت عينه⁽¹⁾. فتعود بالتالي إلى مجرد تفريق للقانون الوضعي الذي ليس في عرفه للتفريق بين الفرقاء والغير أي عنصر للحل. ويُشهر التفريق بين الغير الحقيقي والغير الكاذب المستخدم لعدة طويلة بصورة شائعة⁽²⁾ الحيرة الناتجة عن تعريف ضيق أكثر من اللازم للفرقاء أصبح غير واقعي.

■ عند ذلك كفرقاء، والأخرين كثير. إن بعض الأشخاص يتحولون، عند التنفيذ، إلى فرقاء خاضعين لفرة العقد الملزمة. فئة الغير إذاً متغيرة؛ إنها ينموغمان في الآونة التي تنتج الاتفاقية فيها مفاعيلها لكي يحدداتها. قارن J. Flour et J.L. Aubert, *Obligations*, المجلد 1، رقم 447، وفي عرفها تبين حالة الخلفاء الكليين أن التضامني المبنوت بين الفرقاء والغير، في زمن تكوين العقد، منذور لإعادة النظر به على صعيد تنفيذ العقد، ووضع كل منهما - الفريق أو الغير - عند إيرام العقد تطوري: يتنذر تعديله من كل إلى كل خلال حياة العقد.

(1) انظر: A. Weill et F. Terré, *Obligations*, الطبعة الرابعة، رقم 506، وهما يفرقان بين الخلفاء والفرقاء ويحددان مهم المائتين العاديين والأجانب عن العقد. وفي الطبعة الخاصة للكتاب عنه يهدف السادة Terré و Lequette و Simier، المرجع عينه، رقم 459، في التعريف الموجز والمقاربة الأولى، مماثلة الفرقاء بالأشخاص الذين أبرموا العقد، والغير بالآخرين جميعاً. على أنهما يفرقان، إلى جانب الأشخاص الخاضعين لمفعول الاتفاقيات النسبي والأشخاص الخاضعين لحجبيتها، الأشخاص الموجودين في وسط وسيطة، ويجمعان في هذه الفئة المائتين العاديين والخلفاء بصفة خاصة والمعادنين الآخرين في مجموعات عقود. انظر: J. Flour et J.L. Aubert, *Obligations*, المجلد 1، الطبعة الخامسة، رقم 435 وما يليه، وعنوان الفقرة 3: «الأوضاع الوسيطة بين وضع الفرقاء ووضع الغير المتعلق بالخلفاء بصفة خاصة والمائتين العاديين». وقد عدل السيد Aubert، في الطبعة السادسة من المؤلف عنه هذا التقديم.

(2) انظر على سبيل المثال Ch. Larroumet, *Obligations*, رقم 752.

يمكن بالتالي أن يبدو من الأسهل التفريق بين الفرقاء، المعرفين كأشخاص مقيدين بمفاعيل العقد الملزمة، والغير الذي هو ملزم فقط بمراعاة هذه المفاعيل، بدون أن يكون فاعلاً أو منفلاً. وهذا يعود إلى التوضع في أونة تنفيذ العقد وليس في أونة تكوينه، لتحديد مجال هذا التنفيذ، مما يبدو جوهرياً.

337 - إقامة وزن لدور الإرادة كمعيار للعقد يقود إلى رد هذا التصنيف.

يتعذر على وجه العموم قبول كون الأشخاص غير الموافقين مقيدين بالعقد إلا بشرط إعادة إرادة الفريقين إلى مرضعها الصحيح، أي رفض تطبيق مبدأ سلطان الإرادة كمعيار وحيد لمجال مفاعيل العقد الملزمة.

وبالفعل يتبع مذهب سلطان الإرادة أن لا يستنتج على الإطلاق مجال مفاعيل العقد الملزمة من تحديد حلقة الأشخاص الذين أرادوها. فيكفي عند ذلك التحقق من الأشخاص الذين ينبغي أن يكون تطبيق القانون الوضعي لمفاعيل العقد الملزمة عليهم في محله أو بالأصح البحث عنهم، تبعاً لمبدأي المنفعة الاجتماعية والعدالة العقدية.

على أنه يقتضي الأخذ في الحسبان أن رد مذهب سلطان الإرادة يجب أن لا يفهم كمذهب الدور الأساسي لتوافق إرادات من هم أهل للمحق كطابع خاص بالعقد بالنسبة إلى مصادر إنشاء الموجبات القانونية الأخرى.

وقد بدا لنا، انطلاقاً من هذه الملاحظة⁽¹⁾، من المهم الاعتبار أنه لا يمكن أن يكون ثمة عقد ورفقاء مقيدون بهذه الصفة بمفاعيل العقد الملزمة إلا بمقدار ما يكون هذا الرباط موضوع إعلان صريح للإرادة. وعليه، وطالما أن إرادة الفرد لم يكن لها أي دور في إنشاء الرباط الملزم، لا يمكن أن ينتج هذا الرباط عن العقد. ويتعدو وصف الفريق عند ذلك غير ملائم، ونكون أمام غير، مقيد بالتأكد بالعقد، كشذوذ استثنائي عن مبدأ مفعوله النسبي، وإنما لا يمكن وصفه كفريق، ولا كفريق كاذب، وهي تسمية ملتبسة تعود في الواقع لتسمية الفريق كما رأينا. إن الأمر يتعلق بغير حقيقي، بمعنى أن إرادته لم تشارك بأي صورة كانت ولا في أي أونة في إنشاء الرباط الملزم الذي يستفيد منه أو يتجمله بمجرد مفعول القانون الوضعي. ويتعلق الأمر هنا بامتداد قوة العقد الملزمة الذي يقود هنا أيضاً إلى رفض النتيجة المستتجة من مذهب سلطان الإرادة الذي بمقتضاه لا يمكن أن يلزم شخص ما بتطبيق عقد لم يوافق عليه.

رأى ذلك يجب أن يخص وصف الفريق بالأشخاص الذين شاركت إرادتهم في إنشاء الرباط العقدي وسحبهم، ولا تهم، بالإضافة إلى ذلك، الأونة التي جرى فيها إنشاء هذه الإرادة ولا طريقة هذا الإنشاء، فيكفي عند ذلك، ومما لا غنى عنه أيضاً، أن يكون إنشاء الإرادة فعلياً.

(1) انظر مفاعيل العقد، الطبعة الأولى، 1992، رقم 572 وما يليه، بالنسبة إلى عرض هذا المعيار والعمل به.

وقد اقترحنا، انطلاقاً من هذه الملاحظات، تصنيفاً جديداً يفرق، من جهة أولى، بين الفرقاء، ومن جهة ثانية الغير المقيد بمفاعيل العقد الملزمة. وكان المبدأ الذي ارتكز عليه هذا التفریق أنه ينبغي أن يوصف بالفرقاء الأشخاص جميعاً، سواء أبرموا العقد أم لا، ما دام أنهم مقيدون بمفاعيل الملزمة وكانوا كذلك بموجب إبداء فعلي للإرادة.

غير أن هذا التحليل والتصنيف المستنتج منه اصطلاحاً بنوعين من النقد، متناقضين ظاهرياً، وإنما في الواقع تكميليين ويتأهين أيضاً، من الممكن انطلاقاً منهما محاولة تحديد التفریق بين الفرقاء والغير بدقة.

لن تأني هنا، في سبيل تجنب تردد مضجر، على ذكر التصنيف المقترح في الطبعة السابقة⁽¹⁾ من هذا المؤلف الذي لن يظهر إذاً إلا عبر الانتقادات التي تعرض لها. ولا أهمية لذلك طالما أن الأمر لم يكن متعلقاً إلا بمحاولة أولى كانت لها ميزة إثارة ما يكفي من ردات الفعل الفقهية لكي تكون اليوم ممكنة، ومستابع، انطلاقاً من هذه الملاحظات، التفكير بانتظار انتقادات أخرى.

338 - انتقادات السيد Jean - Luc Aubert.

جرى التعبير عن هذه الانتقادات في مقالة ملقنة في المجلة الفصلية للقانون المدني لعام 1993، سنكتفي بالتذكير منها بالعناصر الأساسية لمتابعة هذه الدراسة، بدون الادعاء بتحليلها بطريقة تامة مطلقاً⁽²⁾.

يلخص هذا المؤلف أولاً بشكل موضوعي التصنيف الذي اقترحنه بهذه العبارات⁽³⁾: «يوصل معنى السيد Ghestin، في النهاية، إلى اقتراح للتصنيف يواجه: الفرقاء من جهة أولى - فئة ينجم تجانسها عن تطلب تجميع موجب بمفعول العقد وإرادة ملزمة بهذا المفعول، عدا التفریق بين الفرقاء المتعاقدين والفرقاء المقيدين للتمييز بين الفرقاء المتدخلين منذ تكوين العقد والفرقاء الذين لم يرتبطوا بالعقد إلا بصورة لاحقة. ومن جهة أخرى الغير الذي يوجد مبدأ وحدته في غياب أي إرادة مبدا بالنسبة إلى المفعول الملزم للعقد، وإنما ينشطر إلى غير «مقيد» من جهة، يطاله المفعول الملزم للعقد بفعل القانون، وغير بالمفهوم الروماني (penitus extranei) يخضع فقط لمبدأ حجية العقد».

يأخذ السيد Aubert أولاً على هذا البناء أنه قدم فئتين من الفرقاء والغير هما «متجانستان للغاية»⁽⁴⁾. إلا أنه يبدو أن هذا الاعتراض غير ملائم. ينبغي ويكفي أن يكون لجميع المواضيع المصنفة في فئة واحدة طابع جوهرى مشترك ودائماً متشابه. وليس من الضروري إطلاقاً أن تكون هذه المواضيع كافة متماثلة في النقاط جميعاً حتى ولا متشابهة.

(1) المرجع عنه، رقم 573 وما يليه.

(2) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 263 وما يليها.

(3) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 268، رقم 23.

(4) المقالة المذكورة آنفاً، صفحة 269، رقم 26.

يكفي التمسك بحاصل التقسيم بين المقتول وغير المقتول والتناظر الشديد بين بعضها وبعضها الآخر للاقتناع بذلك.

والاعتراض المستتج⁽¹⁾ من أن «الفريق المقترح يكرس الالتواء الذي يصعب فهمه» هو أكثر وثاقة بالموضوع. والمثال المعطى عن التعارض بين «الأوضاع القانونية المتشابهة مع ذلك» كوضع المتنازل له عن العقد الذي امتد له فيه المتنازل في مختلف العلاقات العقدية الذي يبقى غيراً «في حين أن الوريث الذي نحل هو نفسه بديلاً عن المتوفى في الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد المبرم من قبله يصح فريقاً».

كما أن الاعتراض المستتج من الطابع التناقضي لصفة الفريق المطبقة على الغير المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير الذي توقف عن أن يشكل شذوذاً قانونياً عن مبدأ المفعول النسبي للعقد وثيق الصلة بالموضوع⁽²⁾.

ثم بصوغ السيد Aubert انتقاداً أساسياً أكثر بالتساؤل عن منفعة الفريق المقترح والملاحظة أنه لا يصلح «لتحديد حقل المفعول النسبي للعقد، طالما أن الأشخاص المرتبطين به، ولا سيما بمجموعة الحقوق والواجبات التي يولدها، هم منقسمون بشكل صريح بين وضي الفرقاء والغير».

إن الانتقاد له أساسه ولذلك تفرسنا في زمن أول في تفریق بين الفرقاء المتعاقدين والفرقاء المرتبطين مبني كلياً على التفریق بين المفعول الملزم للعقد وحجيته⁽³⁾. بيد أن هذا التفریق لا يأخذ في الحسبان الدور الخاص للإرادة، وبشكل أدق توافق الإرادات كمعيار للعقد. ولذلك اعتقدنا وجوب استنباده في النهاية.

غير أن الانتقاد إذا كان مسوّغاً يجب أن يطبق أيضاً على التفریق التقليدي. وبالفعل إذا كان التصنيف التقليدي يطرح مبدأ التعويض الذي يجعل الفرقاء متزامنين مع المفعول الملزم، والغير مع مجرد الحجية، فإنه يكون مجبراً، كما اعترف بذلك السيد Aubert، على شطر فئات الغير الوسيطة الخاضعة إلى حد ما للمفعول الملزم، مما يبدو أنه ينزع أيضاً إلى نزاع أي منفعة عن التصنيف التقليدي. والتصنيفان، من وجهة النظر هذه، لهما «المنفعة» عينها مما يمكن أن يكون لصالح الوضع الراهن الذي يوصي به السيد Aubert. إلا أن منفعة الوصف ليست تسهيل تحديد مجال المفعول النسبي ومجال حجية العقد إلا بالبيعة، إنها بشكل خاص تسمي، أي تصف الأشخاص الذين لهم نظام معين مشترك ولاسيما، كما سنرى، بعض الامتيازات الأساسية تجاه العقد.

وبعد أن ذكر هذا المؤلف معيار وصف الفريق المستتج من نطلب إبداء الإرادة الفعلية

(1) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 269، رقم 29.

(2) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 269، رقم 29.

(3) انظر الرقم 336 اللاحق.

الذي ساهم فعلياً في إنشاء الرباط الملزم لكي يقبل ويصبح دائماً أو مديناً بموجب العقد، يعارض العمل بمقتضاه.

إن السيد Aubert لا يعارض صفة الفرقاء المنسوبة إلى الأشخاص الممثلين، وكذلك إلى من يصدر وعداً بالحصول على موافقة الغير. وبالمقابل يعارض⁽¹⁾ وصف الفريق المطبق، بموجب المعيار الذي جرى التذكير به، «على المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير وعلى الخلفاء الكليين أو بصفة كلية وعلى المتنازل لهم عن العقد».

ويأخذ، بالنسبة إلى الغير المستفيد الذي يقبل الاشتراط الحاصل لمصلحته، بأن إرادته «في أن يصبح دائن الواعد»، أو بالأصح «في أن يحتفظ بصفة الدائن المنشأة لمصلحته». . «تميزة بشكل كافٍ تجاه الحق في الدين العقدي المصنر».

ويعارض، بالنسبة إلى الخلفاء الكليين، بصواب بأن قبول الخلافة يصعب مماثلته بالإرادة في أن يصبح فعلياً دائماً أو مديناً استناداً إلى العقد، بمقدار ما، كما يلاحظ، «يصبح الورث القابل مقيداً بعقد عرفه تماماً ويعقد يمكن أن يكون جاهلاً له».

ويستعيد أخيراً الاعتراض الذي سبقت صياغته في شأن صعوبة التوفيق بين الحل المعتمد بالنسبة إلى الورثة وتصنيف المتنازل لهم عن العقد كغير، ولا سيما أن بعضهم، حتى بالأخذ بالتنازلات القانونية، لديهم تماماً الإرادة «الصريحة والطوعية». . في تلقي مجموعة حقوق المتنازل وموجباته. إن الانتقاد له أساس بصورة لا تقبل الجدل.

ويلاحظ السيد Aubert أخيراً⁽²⁾ أن الإرادة المعتمدة تأخذ معنى ومدى مختلفين حسب الحالات مما يضر بلا جدال باستخدامها.

وبالمقابل ليست الملاحظة⁽³⁾ التي يبدي فيها أن «القول، كما فعل السيد Ghestin، إن المتنازل له عن عقد يبقى غيراً، يعني أن انتهاكه موجبات العقد المتنازل عنه لا يعود إلى المسؤولية العقدية مما هو على الأقل موضع شك»، وثيقة الصلة بالموضوع. والحقيقة أن مسؤولية الذي يكون، بغض النظر عن صفته كفريق أو غير، مرتبطاً بمناويل العقد الملزمة، هي بالضرورة عقدية ما دام أنه انتهك موجباته العقدية.

والانتقاد الذي يصف فعل الترموض، كما اعتقدنا وجوب الإقدام عليه، «في مرحلة التنفيذ»، هو «انزلاق»، منازع فيه. وسنعود إلى هذا الموضوع ذلك بأنه عنصر جوهري في أي تصنيف عقلي للفرقاء وللغير.

والملاحظة⁽⁴⁾ التي بمقتضاها، بالمقابل، يبنّي التفرقة بعناية بين ما هو مفعول ملزم للعقد وانتقال الموجب، وهامة للغاية. وكذلك بالنسبة إلى ضرورة «إيضاح الطريقة التي يتركز

(1) المقالة المذكورة سابقاً صفحة 273 وما يليها، رقم 41 وما يليه.

(2) المقالة المستشهد بها سابقاً، صفحة 274، رقم 45.

(3) المقالة السالفة الذكر، صفحة 274، رقم 46.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 275، رقم 50.

بمقتضاها مختلف هؤلاء الأشخاص على التوالي بدقة متناهية، بالنسبة إلى هذا المعطى الوحيد الذي يشتمله العقد كما جرى إقراره: هل انضموا إليه، وهل انتقلت إليهم الحقوق والموجبات المختلفة التي ولدها، وهل أن النقل لم يكن محدداً بهذا الموجب أو ذاك، الخ... (١٤٩).

وختاماً^(٢) يدعو السيد Aubert إلى الأخذ بالوضع الراهن، ويقدم كسب رئيسي لذلك أن المادة 1165 تغدو «نصاً خاصاً بصورة ضيقة... نص آونة، هي آونة تكوين العقد المعني»، وأن موضوعه يصبح «فوراً بصرامة»، فلا يكون بإمكان الفرقاء، بإرادتهم وحدها، إنشاء موجب على عائق الغير، وأنه «أيضاً لا يعني أبداً رأياً مسبقاً مما يمكن أن يحصل للعقد والحقوق والواجبات التي يكتونها ما دام أنهم يجدون أنفسهم سجناء التجارة القانونية.

على أنه يقل، بمفعول القانون أو بإرادتهم، «أن يكون الغير المنصوص عليه في المادة 1165 مرتبطاً بهذا المتعاقد أو ذاك، حتى بالائتين معاً، مما يطرح مسألة معرفة ما إذا كان هذا الغير «خاصاً»، لهذا الاعتبار أو ذاك، للموجبات التي أنشأها العقد» عند ذلك في ما يتعلق «بمفعول غير مباشر للعقد، وهو مفعول ينتج (احتمالياً) بواسطة هذا الرباط القانوني الذي يربط الغير بالمتعاقد، وليس بمفعول إرادة الفرقاء وحدها».

كما يلاحظ أيضاً^(٣) أن المقصود عند ذلك حياة الموجب «سواء جرى اعتبارها لوحدها أو كانت إجمالياً مع حزمة الحقوق والموجبات التي ينظمها العقد». وفي عرفة يمكن أن يكون عد ذلك ثمة نقل «قارة لموجب واحد أو أكثر - حوالة الدين (له) أو الدين (عليه) - وطوراً لمجموعة كاملة من الحقوق والموجبات أنشأها العقد - تنازل عن «العقد» أي «مع مجموعات عقود» بصورة خاصة - كتوسع لمدى موجب أو عدة موجبات يدعي، بدون أن ينقطع عن إلقاء ثقله على الفريق الأصلي، تطبيقها أيضاً على غيره: احتمال غير آخر مرتبط» وهذا الحل الثاني، بالنسبة إلى السيد Aubert، «هو بالتالي أكثر إقلاقاً، على الأقل قبلياً، بمقدار ما يطمح إلى تشويه الموجب كما أنشأ العقد».

وفي حرف السيد Aubert أخيراً «تحدد الخيارات التي يتم الأخذ بها على هذا النحو تارة انتقال الغير إلى حقل الفرقاء - أو بالعكس - وطوراً مراعاة الأوضاع الالهجية - لا فرقاً في الحقيقة ولا غير». وبالنسبة إليه «لا تبين نتائج كهذه سوى الطابع غير المحدود للتفريق بين الفرقاء والغير وتغييره على صعيد التنفيذ. وهذا التحقق ليس صادقاً ولا قبيحاً ولا متحيراً، وإذا كان يمكن وهو متطرف أحياناً، أن يمتجه الميل إلى التركيب، فله على الأقل هزية ترسل الصفة الأولى للقانوني مباشرة: فن التفريق».

(١) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 276، رقم 53.

(٢) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 276، وما يليها، رقم 54 وما يليه.

(٣) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 277، رقم 57.

339 - النمك بالفرق التقليدي هو مع ذلك غير ملائم.

إذا كان بعض الانتقادات أو الملاحظات، كما سبق أن لاحظنا، التي صاغها السيد Aubert تجاه اقتراحاتنا الأولية، مبنياً على أساس بلا جدال، فإننا نستمر في التفكير في أن النمك بالتحليل «التقليدي» الذي ينادي به غير ملائم على الإطلاق.

ثمة توافق في أول الأمر على التكرار للتفخ المبالغ فيه لفئة الغير التي يؤدي إليه، بالضرورة، طابعها غير المتجانس حتى غير الواقعي أحياناً الذي ينزع عنها صلباً أي ميزة. فإدخال فئة هجينة بين الفرقاء والغير، على سبيل استعادة صيغة السيد Aubert، لا ينظم شيئاً. وعندما لا يتم تعريف الغير، في المفهوم التقليدي، إلا كفة متبقية، بمجرد تعارفه مع الفرقاء، لا يمكن أن يكون ثمة ما هو هجين منطقياً. فننطق بالمفهوم التقليدي ذاته بفرض الاعتبار أن الأشخاص جميعاً الذين ليسوا فرقاء هم الغير، بحيث أن الفئات الهجينة المزعومة لا يمكن أن تكون في الواقع سوى تنوع خاص للغير.

ثم يبدو من الصعب مماشاة السيد Aubert عندما يؤكد أن المادة 1165 هي «نص أوتة، أوتة تكوين العقد المعني». فمجرد قراءة هذا النص يبين أنه يقصد مفعول الاتفاقيات، وهذا ما يهم بالطبع تنفيذ العقد وليس تكوينه. لا شك في أنه يحدد صراحة هذا المفعول «بالفرقاء المتعاقدين». بيد أنه من المقبول اليوم من الجميع، بمن فهم السيد Aubert، إن مفاعيل النص غير محدودة ب هؤلاء الفرقاء، سواء تعلق الأمر بالهجية حتى بالمفعول الملزم. فالمادة 1165 إذا ليست أي نجدة في الجدل الفقهي الذي يهدف إلى تعريف فئات الفرقاء والغير، مع الأخذ القانون الوضعي في الحبان إلى أقصى ما يمكن، وإنما بدون التقييد بنص لم يعد متوافقاً بصورة جلية مع الواقع الحالي للقانون الوضعي.

ويبدو لنا أخيراً من الجوهرى الأخذ في الحبان أن الموجبات الناشئة عن العقد ليست وحدها قابلة للنقل وإنما كذلك الأراض المعقدية نفسها، أي، على ما يبدو، صفة الفريق. إن صفة الفريق، كما سبق أن اعتمدها مؤلفون آخرون، كما رأينا، يمكن أن يكون مصيرها «الفقدان»⁽¹⁾. إن السيد Aubert يأخذ، إضافة إلى ذلك، «بأن حالة الخلفاء الكلبيين تبين أن التعارض المتبوت به بين الفرقاء والغير في زمن تكوين العقد منذور لإعادة النظر فيه على صعيد تنفيذ العقد. فقد كتب: «إن وضع كل واحد - الفريق - والغير - تطوري عند إبرام العقد: يمكن أن يتعدل من كل إلى كل خلال حياة العقد. إذن لا يمكن تحديد فئة الفرقاء بالأشخاص الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بواسطة التمثيل.

ولذلك أيضاً لا يمكن استنتاج صفة الفريق عن طريق إقامة وزن لرضا الفرقاء المتعاقدين وحده لتقدير صحة العقد. فهذا المعيار أولاً يبدو أنه يطبق هو نفسه بصعوبة على الأشخاص الذين كانوا موضوع تمثيل قانوني، ورضا المحلل بالنسبة إليهم هو الذي يجب أن

(1) J. Flour et J. - L. Aubert، المرجع عينه، الجزء 1، الطبعة السادسة، 1994، صفحة 445.

يقام له وزن، في حين أن الممثلين الذين لهم، حسب المفهوم التقليدي نفسه، صفة الفرقاء. ثم أن ذلك، وعلى وجه خاص، لا يهم إلا صحة العقد، في حين أن مفاعيله، سرة أخرى، تتعلق بتنفيذه.

وعلى صعيد مجرد مفردات اللغة، المهمة جداً في المادة القانونية، عندما يصبح مكتسب ملكية مقاولة مستخدم أجزائها، يبدو من الصعب وصفه بالغير بالنسبة إلى عقد العمل. وإذا ما ورد بند عدم المنافسة في أحد هذه العقود ينبغي القول، بين الفريقين، إن انتهاك الأجير هذا الموجب يؤدي إلى مسؤوليته العقدية، في حين أن هذا الانتهاك عينه من قبل الغير المتواطئ، يؤدي إلى مسؤوليته التقصيرية. وبين التصنيف الجديد والمصطلح الذي يستدعي هنا ضرورتهما لمجرد سبب تربوي ومنطقي.

والتصنيف بين فرقاء وغير لا يمكن أخيراً أن يكون منطقياً، مفهوماً ومستعملاً بفعالية إلا كمجموع مقسم: كل شخص ليس فريقاً في آونة محددة هو غير بالضرورة.

يبقى أن العديد من اعتراضات السيد Aubert على اقتراحاتنا الأولية مسوغة تماماً. كيف تتم إذا معالجة عيوب التصنيف التقليدي مع الإقلاص من الانتقادات المشروعة المصاغة ضد الفريق الجديد الذي اقترحنه في الطبعة الأولى من هذا المؤلف؟ إن في مقالة حديثة للسيدة Gelfucci - Thibierge مكرسة لاقتراحاتنا وانتقاد السيد Aubert عناصر الحل.

340 - انتقادات السيدة Gelfucci - Thibierge واقتراحاتها الجديدة⁽¹⁾.

تذكر السيدة Gelfucci - Thibierge أولاً «بالمفهوم التقليدي للفريق»⁽²⁾. وهي تقدم «المفهوم الضيق للفريق» المحدود بالأشخاص الذين أرادوا إبرام العقد. وتعارض فوراً وعن وجه حق مماثلة الأشخاص الممثلين والخلفاء الكليين بالفرقاء المحددين على هذا النحو. وتلاحظ، في ما يتعلق بالتمثيل القانوني للقاصر أو الراشد الموضوع تحت الوصاية، أن صفة الفريق تعود هنا إلى مفعول القانون الذي أنشأ نظام التمثيل القانوني أكثر مما تعود إلى إرادة الفريق غير الفعالة قانوناً». أما خلفاء الفرقاء فإنهم أصبحوا دائني المتوفى أو مدينه بمفعول القانون أيضاً، إذ ينتج هذا المفعول «خارج إرادتهم في أن يكونوا فرقاء في هذا العقد طالما أنه ينتج حتى ولو جهلوا وجوده، على الأقل لأنهم لم يرفضوا الوراثة».

أما بالنسبة إلى الغير فهي تذكر بالتقسيم بين الغير الآخر «كفئة متبقية وغير محددة» و «الغير الكاذب... كفئة وسيطة وشاذة».

ثم تعرض هذه السيدة⁽³⁾ «اقتراحاتنا بتوسيع مفهوم الفريق» الذي يضم «جميع الأشخاص

(1) De l'élargissement de la notion de partie ou contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'affet relatif, المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994، صفحة 275 وما يليها.

(2) المقالة المذكورة آنفاً، رقم 8 وما يليه.

(3) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 11 وما يليه.

المرتبطتين برضاهم الفعلي بمفاعيل العقد الملزمة» والذي «ينتج عن فهم للعقد مندرج في الزمن»، وليس عن تحقق دقيق قائم لدى إبرام العقد، مما يقود إلى التفريق بين الفرقاء في أوتة تكوين العقد والفرقاء في أوتة تنفيذ العقد.

بعد ذلك تقدم السيدة Gelfucci - Thibierge انتقادات السيد Aubert ضد هذا الاقتراح الجديد⁽¹⁾، وتضيف إن «المعيار الإرادي الذي أخذ به السيد Ghestin بجبره، لترويج وصف الأشخاص الممثلين قانوناً كفرقاء، على اللجوء إلى حيلة قانونية، رغباً عن التحفظات تجاه الحيل القانونية عموماً»، وترفض عن وجه حق هذه العودة إلى إرادة وهمية لتسويغ قاعدة قانونية. وفي عرفها⁽²⁾ «إن اختيار هذا المعيار الوحيد للإرادة، بشكل أعم، لتحديد صفة الفريق في العقد، هو الذي يولد الحلول المنازع فيها التي يرفضها السيد Aubert».

ثم كتبت، انطلاقاً من ذلك، «يبدو أنه يمكن أن تستخرج من مساواة الانتقادات الموجهة وصلتها الوثيقة بالموضوع خلاصتان متناقضتان كلياً:

- إما أن نستنتج أن التفريق الجديد المقترح غير ملائم، فنرفضه بالتالي للعودة إلى مفهوم تقليدي للتفريق بين الفرقاء والغير. وهذه هي الخلاصة التي تبعد منطقياً عن مقالة السيد Aubert. وذلك يعني احتقار فائدة التجديد المقترح وضرورة أن تتطور النظرية العامة وأن تكيف مع الوهج العناني للعقد إلى أبعد من حلقة الذين أبرموه.

- وإما، على العكس، الاستنتاج أن التفريق المقترح، ولا سيما لمفهوم التجديد الموسع للفريق، هو صحيح في مبدئه لأنه يتيح هذا التطور الضروري لمبدأ المفعول النسبي». ولكنه لا يتعد كفاية في تخليه عن مفهوم إرادي صلب للعقد؛ وفي هذه الحالة يتعلق الأمر، مع الحفاظ على المبدأ، بالتفكير مجدداً في المعايير والعمل بها».

وأضافت عند ذلك «يتمسك السيد Ghestin، كمعيار لصفة الفريق بمعيار الإرادة، وإنما مع توسيعه؟ ولا يعود الأمر متعلقاً فقط بإرادة إبرام العقد، وإنما، وبشكل أعم، بإرادة الارتباط بالعقد. والحال أن جميع انتقادات السيد Aubert تسقط تقريباً إذا لم تخضع صفة الفريق لهذا المعيار الإرادي الوحيد. إلا أن انتقاداً واحداً يبقى: الانتقاد المرتكز على البرهنة على الطابع التطوري لمفهوم الغير والفرقاء، من أجل عدم استخدام التفريق إلا في مرحلة تكوين العقد». بيد أنها تلاحظ حول هذه النقطة أن «هذا المفهوم ينجم عن فهم تقليدي للنظرية العامة للعقد، بشكل مباشر ولكنه غير ضروري. وبالفعل يشهد بعض المؤلفين، مع قبول مبدأ سلطان الإرادة، رغباً عن تراجمه (L. Aynès و Ph. Malaurie)، رقم 611»، على الطابع التطوري لمفهوم الغير وبالتالي، تلازمياً، لمفهوم الفريق (Ph. Malaurie و L. Aynès (صفحة 657).

(1) المقالة السابقة الذكر، رقم 15 وما يليه.

(2) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 19.

وعليه تقترح السيدة Gelfucci - Thibierge⁽¹⁾ أن يضاف إلى توسيع مفهوم الفريق في الزمن «توسيع بالنسبة إلى مصدر صفة الفريق». وفي عرفها «يبين القانون الوضعي بالفعل أن هذا المفهوم يمكن أن لا ينتج عن الإرادة وحسب وإنما أيضاً عن القانون». يضاف إلى ذلك «في حين أنه من المقبول عموماً اليوم أن القانون ينشئ قوة العقد الملزمة، وأنه يساهم في تحديد المحتوى حتى في تعديله، فلا شيء يمنع قبول إمكانية القانون أيضاً في نسبة صفة الفريق في العقد إلى شخص يوافق عليه عندما تفرض الأوامر الأسمى من إرادته ذلك». وفي عرفها⁽²⁾ «بإمكان الفرقاء إذاً أن يعتبروا أنفسهم أشخاصاً خاضعين للمفعول الملزم للعقد بفعل إرادتهم أو بفعل القانون». وتحدد في مكان أبعد أن «الحد الوحيد، في الواقع، الناجم عن مبدأ المفعول النسبي هو التالي: لا يمكن أن يصبح الشخص فريقاً بفعل إرادة الغير وحدهما».

وتفرق السيدة Gelfucci - Thibierge، انطلاقاً من هذا التعريف، في أول الأمر، بين «الفرقاء في آونة تكوين العقد»⁽³⁾، بين «الفرقاء بفعل إرادتهم»⁽⁴⁾، وهم الأشخاص «الذين إبرموا هم أنفسهم العقد أو الذين أبرموه عن طريق ممثل متفق عليه» و «الفرقاء بفعل مزدوج للقانون والإرادة مثل»⁽⁵⁾، وهم «الأشخاص الممثلون قانوناً». وتقوم بعد ذلك بالتفريق بين «الفرقاء في آونة تنفيذ العقد»⁽⁶⁾، وتعدد أولاً «الفرقاء بفعل إرادتهم»⁽⁷⁾، أي الأشخاص الذين هم الغير بالنسبة إلى العقد في الأساس ثم أصبحوا إرادياً فرقاء بعد إبرامه، أي «المتنازل له عن العقد الذي جاء بديلاً عن أحد الفريقين بفعل تنازل اتفاقي عن العقد» و «بفعل الشخص الذي صادق على التزام من تعهد بالحصول على موافقته عند توقيع العقد». ثم تعدد بعد ذلك «الفرقاء بفعل القانون»⁽⁸⁾ الذين حلوا محل أحد الفرقاء «بفعل نص قانوني». فالأمر يتعلق بالنسبة إليها «بخلفاء كليين وبصفة كلية» و «بالأشخاص المستبدلين بأحد الفرقاء بفعل تنازل قانوني عن العقد الأساسي». وتلاحظ «أن الوصف في شأن هذه الفئة الأخيرة مختلف عن الوصف الذي نادى به السيد Ghestin». وعلينا فوراً القبول أن السيدة Gelfucci - Thibierge تصف بصواب هذه الفئة من الأشخاص بين الفرقاء.

وتتساءل هذه السيدة أخيراً⁽⁹⁾ حول ملائمة دمج «المتعاقدين الثابطين المرتبطين فقط ببعض المفاعيل الملزمة للعقد الأولي» في هذه الفئة من الفرقاء، مما قادها إلى التساؤل عما

(1) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 24.

(2) المقالة المذكورة آنفاً، رقم 25.

(3) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 26 وما يليه.

(4) المقالة المذكورة آنفاً، رقم 27.

(5) المقالة المذكورة آنفاً، رقم 28.

(6) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 29 وما يليه.

(7) المقالة المشار إليها سابقاً، رقم 30.

(8) المقالة السابقة الذكر، رقم 31.

(9) المقالة الآتية الذكر، رقم 31.

إذا كان يمكن لأحد الأشخاص أيضاً «اكتساب صفة الفريق بفعل قاعدة اجتهادية»، إذا ما فهمنا القانون «في معنى مادي».

أما بالنسبة إلى الغير فإن السيدة Gelfucci - Thibierge⁽¹⁾ تعزله بصورة منهجية «كأي شخص غير خاضع للمفعول الملزم للعقد بفعل إرادته أو بفعل القانون»، مما «يجمع فئتين من الأشخاص»، من جهة أولى «الغير غير الخاضع للمفعول الملزم للعقد»، أي الغير الشاذ، والدائنين العاديين لأحد الفرقاء، والخلفاء بصفة خاصة، ومن جهة ثانية «الغير الخاضع للمفعول الملزم للعقد» أي، بالنسبة إليها، المستفيد من اشتراط المصلحة الغير بشكل أساسي.

341 - اقتراح معيار جديد مستنتج من الطابع الخاص لإجراء تكوين المعايير العقيدية، توافق الإرادات⁽²⁾.

من الصحيح أنه ما أن يتم قبول أن صفة الفريق يمكن اكتسابها بعد إبرام العقد، النقطة التي لا نلظن وجوب العودة إليها لأسباب سبق عرضها، حتى لا يعاد النظر في نمط تكوين العقد بتوافق الإرادات، الذي يعطيه خاصيته، عن طريق نقل قانوني صرف للوضع العقدي. ويمكن بالتالي الأخذ، بدون طرح مسألة خاصة نمط إنشاء المعايير الملزمة للعقد مجدداً، بأن الوضع العقدي الناتج عن هذه المجموعة من المعايير التي أنشأها توافق الإرادات يمكن أن يكتبه بصورة لاحقة الغير بالنسبة إلى العقد، إما بفعل إرادته وإما بفعل القانون وحده.

ويبدو من الأصعب، بدهاءة، قبول إمكانية وجود فرقاء، في أونة تكوين العقد، بفعل القانون وحده حتى إذا أضيفت إليه إرادة الغير. على أن الصعوبة محدودة بوضع الأشخاص عديمي الأهلية للتعبير بأنفسهم عن رضا سليم، رينخي، لهذا السبب، أن يحل محلهم ممثل قانوني. والعقد في هذا الوضع مكوّن تماماً بتوافق الإرادة، وهذا ما يراعي خاصيته ويكفي لتفريق العلاقات العقدية عن العلاقات النظامية⁽³⁾. بيد أن إحدى الإرادات ليست إرادة الشخص الذي تتحقق في ذمته المالية مفاعيل العقد. وتعبير آخر يتعدى شخص ما، هو الممثل، فريفاً بإرادة الغير. غير أن هذه الإرادة ليست كافية لولادة عقد تفرض مفاعيله على الممثل. يجب كذلك أن يكون القانون قد أجاز صراحة هذا التدخل في شؤون الغير، وبشكل أدق قد نظم هذا التدخل بصورة أمرة على وجه الخصوص. وتشيل عديم الأهلية، على سبيل استعادة صيغة السيد Aubert، يظهر كنوع من «الرأمة النفسانية - المكونة من إرادة الممثل المحاولة بالقانون - معدة لمنع استعباده عن التجارة القانونية، وبذلك... نلتقي المنفعة الاجتماعية»⁽⁴⁾.

(1) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 33 وما يليه.

(2) J. Ghesin, Nouvelles propositions sur un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, المجلد الفصلية للقانون المدني، 1994.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 3.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 40.

يبقى إذاً بيان أن القانون ليس بإمكانه أن يفعل كل شيء، ولا سيما عن طريق نقل صيغة انكليزية، أن يجعل من الرجل امرأة، أو من الغير فريقاً. بإمكان القانون فقط وضع شخص في موقع بحيث أن صفة الفريق ينبغي منطقياً أن تنسب إليه.

ويجب الاحتفاظ بوصف الفريق للأشخاص الذين يكون وضعهم مشابهاً بما فيه الكفاية لوضع الفرقاء المتعاقدين أنفسهم لكي يمكن أن يعتبروا متماثلين أو متبدلين بهم ويمتلكون باسمهم امتيازات الفرقاء المتعاقدين في ما يتعلق بالعقد⁽¹⁾. إن صفة الفرقاء يجب أن تطبق منطقياً على هؤلاء الأشخاص وعليهم وحدهم.

وهذا يعني عملياً أن صفة الفريق، خارج الأشخاص الممثلين، لا يمكن اكتسابها إلاً بنقل وضع عقدي. وبالمقابل لا يمكن تطبيقها على شخص ربما كان بإمكانه الانتفاع من موجب عقدي يعود إليه منذ تكوين العقد أو اكتسبه لاحقاً أو قد يصبح خاضعاً لموجب كونه.

يريد من المستحيل في هذه الرواية، للإجابة على المسألة التي طرحتها السيدة Gelfucci - Thibierge، اعتبار «المتعاقدين الثانويين المرتبطين فقط ببعض المفاعيل الملزمة للعقد الأولي» فرقاء أصليين في العقد. كما أنه لا يبدو من الملائم اعتبار حوالة دين، وهي «إولية نقل تتم»، حسب السيد Aubert⁽²⁾، «عن طريق الوساطة، انتقالاً للمفعول الملزم للعقد». يتبع للغير إشغال وضع فريق في العقد، كلياً أو يقسم منه حسب الحالة. فلا يكفي لوصف شخص بأنه فريق في العقد أن يكون «مرتبطاً ببعض المفاعيل الملزمة للعقد الأولي» ولا إشغال وضع فريق في العقد، كلياً أو يقسم منه. فوصف العقد ينبغي أن يحتفظ به للأشخاص الذين يمثلون بالفرقاء المتعاقدين أو يُستبدلون بهم؛ بمعنى أنهم يحوزون الامتيازات الأساسية عنها، أي أن يرتبطوا بالعقد أو يحلوه بتوافق الإرادات. وهذا لا يفترض على وجه الخصوص، كما سنرى، مجرد حوالة الدين، بل يفترض تنازلاً عن العقد، أو بالأصح عن الوضع العقدي عندما يسمح القانون الوضعي بذلك أو حتى يفرضه.

فما هي إذاً الامتيازات التي، انطلاقاً منها، يمكن الاعتراف بصفة الفريق؟

لا يتعلق الأمر، في المقام الأول، بسلطة طلب إبطال العقد، ولا سيما لمعب في الرضا، بذريعة أن توافق إرادات الفرقاء هو الذي كوّن العقد. إن الإبطال يمكن، أولاً، أن يطلبه الغير بالطبع، على الأقل عندما يتعلق الأمر بالإعلان المطلق، مما يجعل هذا المعيار غير فعال، مع الأخذ في الحسبان على وجه الخصوص عدم اليقين بالنسبة إلى مجال البطلان المطلق والنسبي. ثم ينبغي، وبصورة خاصة، التوضيح أيضاً في آونة تنفيذ العقد.

يبد أن معيار صفة الفريق لا يمكن استنتاجه من إمكانية طلب الفسخ القضائي للعقد. فللغير، في حالات معينة، إمكانية طلب فسخ العقد. والأمر كذلك، استناداً إلى أحكام

(1) ما عدا بالطبع سلطة إبرام العقد الذي، حسب تعريفه، سبق أن جرى إبرامه.

(2) J. Flour et J. - L. Aubert، المرجع عنه، المجلد 1، الطبعة السادسة، 1994، رقم 447.

حديثة نسبياً، بالنسبة إلى مكتب الملكية الثانوي الذي بإمكانه إقامة دعوى الفسخ لعب خفي ضد البائع السابق، وإلى المقترض الذي يستطيع في مادة البيع في صورة إيجار، شرط أن يكون مستهلكاً، إقامة دعوى مباشرة لفسخ عقد البيع المبرم بين المورد ومزمت البيع في صورة إيجار، وإلى الكفيل الذي في وسعه أن يواجه الدائن الذي قاضاه بفسخ العقد الذي أبرمه هذا الدائن مع المدين الأصلي. وإمكانية طلب الفسخ القضائي للعقد لا يمكن إذاً أن تشكل معياراً كافياً لصفة الطريق.

إن صفة الفريق، في الحقيقة، ينبغي أن يحتفظ بها للأشخاص الذي أبرموا العقد بتوافق الإرادات أو الذين اكتسبوا حق تعديله أو إنهائه بتوافق آخر للإرادات.

لا شك في أن القانون، حتى الاجتهاد الذي أضاف، مثلاً، موجبات كموجب التأمين، بإمكانهما تعديل العقد أو إنهائه. بيد أن الغير يتدخل عليه، إذا لم تكن له صلاحية خلق معايير نظامية، إنهاء العقد الذي لم يكن فريقاً فيه أو تعديله. ولا يستطيع، على وجه الخصوص، أن يفعل ذلك بمجرد إبداء إرادة تلتقي إرادة الفريق الآخر، أي عن طريق إجراء عقدي لتوافق الإرادات.

وما هو أساسي في النهاية ليس معرفة ما إذا كان هذا الشخص أو ذلك هو فريق بفعل إرادته الخاصة أو بفعل القانون أو ليس فريقاً. وما يسهم بشكل أساسي هو أن لا يتعدى تدخل القانون على ما يشكل خاصية العقد.

«ما يميز العقد هو الإجراء، أي توافق الإرادات، الذي بموجبه يكون معداً لإنتاج مفاعيل قانونية»⁽¹⁾. ويكون فرقاً في العقد، عند تكوينه، الأشخاص الذين كوّنت إرادتهم العقد. ولا أحد ينازع في ذلك إلا أنه يقتضي الذهاب إلى ما هو أبعد والقبول أيضاً أن الأشخاص الذين لهم، خلال تنفيذ العقد، سلطة تلاشي أو تعديله بحسب الإجراء العقدي عينه، أي بتوافق الإرادات، ينبغي أيضاً، في هذه الآونة، وفهم كفرقاء. إن الفرقاء المتعاقدين في وسعهم إنشاء العقد بتوافق إرادتهم. والأشخاص الذين استبدلوا، خلال تنفيذ العقد، بالفرقاء المتعاقدين يمتلكون ك هؤلاء، عن طريق إجراء عقدي، أي عن طريق توافق الإرادات، سلطة تعديل العقد أو وضع نهاية له بالرضا المتبادل. والاعتراف لهم بصفة فرقاء منطقي.

والخلاصة أن الفرقاء وحدهم بإمكانهم إنشاء العقد بتوافق إرادتهم أو تعديله أو وضع نهاية له بالطريقة عينها.

والفرقاء ينشئون العقد بالتقاء إراداتهم المتوافقة. وبإمكانهم، إلا أن يكونوا قد قدروا صفة الفرقاء بنقل هذه الصفة، تعديل العقد أو وضع نهاية له بتوافق جديد للإرادتين. أما الفرقاء الممثلون أو المستبدلون بالفرقاء المتعاقدين ففي وسعهم تعديل العقد أو وضع نهاية له حسب الإجراء العقدي بتوافق الإرادات.

(1) انظر تكوين العقد، رقم 7.

ولتحليل القانون الوضعي ينبغي أن تُقرأ المادة 1134 من القانون المدني كما يلي:
تقوم الاتفاقيات المكوّنة شرعاً مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها وإلى من يماثلون بهم أو
يستبدلون بهم. ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاهم المتبادل أو لأسباب يجيزها القانون.
أما في ما يختص بالأشخاص الذين هم مجرد دائنين أو مدينين استناداً إلى العقد، إمّا
في الأصل، كالمستفيد من اشتراط لمصلحة الغير، أو خلال تنفيذ العقد، كالمتنازل له عن
دين، فينبغي تصنيفهم من ضمن الغير.

وبعد أن جهدنا على هذا النحر في الحفاظ على ما بدا لنا من اقتراحاتنا أنه لا جدال
فيه، مع الأخذ في الحسبان ملاحظات السيدة Gelfucci - Thibierge الغيّمة، يمكن أن
نقترح، انطلاقاً من هذا المعيار الجديد، تصنيفاً جديداً للفرقاء والغير. وسنرى أنه لا يختلف
كثيراً عن التصنيف الذي سبق أن اقترحناه. إلا أن فئة الفرقاء تلقت زيادة أشخاص تم
استبدالهم بالفرقاء المتعاقدين بفعل القانون وتقصان أشخاص أصبحوا مجرد دائنين أو مدينين
بدون أن تكون لهم سلطة تعديل العقد أو وضع نهاية له حسب الإجراء العقدي، أي توافق
الإرادات:

II - اقتراح تصنيف جديد

342 - يقتضي الفريق بين الفرقاء والغير.

أ - الفرقاء.

343 - ينبغي التحديد بدقة أي عقد هو المقصود.

يقتضي هنا التذكير بإحدى الصعوبات الرئيسية في هذا الشأن.

غالباً ما يجب القيام بهذا التحديد استناداً إلى عقد آخر غير العقد الذي يجب تحديده
فرقاته. ويتعلق الأمر على سبيل المثال، بعقد وكالة ينشئ تمثيلاً كاملاً لشخص ما عن طريق
شخص آخر في البيع حيث تستتج صفة الفريق في هذا البيع. وتأتي الصعوبة من أن الشخص
نفسه غالباً ما يصبح في الوقت عينه فريقاً في العقد المعني وفي العقد الذي يحدده صفته.
وهكذا يكون الموكل فريقاً في عقد الوكالة ويندر أيضاً فريقاً في العقد الذي يبرمه وكيله مع
شخص ثالث باسمه ولحسابه. إن العقود التي يكون موضوعها أحد العقود صعبة التحليل
والتقديم بصورة عامة. وغالباً ما يحدث، في هذه العمليات المعقدة التي تهتم على الأقل
ثلاثة أشخاص، بسبب عدد المتدخلين وصفاتهم المتغيرة حسب العقد المعني، أن تكون صفة
الفريق أو الغير في العقد - الموضوع مختلطة مع صفته كفريق أو كغير في عقد يكون موضوعه
هذا العقد الأخير. وصعوبة التعبير والفهم التي تنتج عن طبيعة العلاقات بين العقود المجراة
ذاتها مصدر خطير للالتباس. أي أن المادة تتطلب الانتباه الأكبر للمؤلف والقارئ على
السواء.

344 - التفريق بين آونة تكوين العقد وآونة تنفيذه.

ينبغي هنا، من أجل السهولة، التفريق بين الأشخاص الذين هم فرقاء في العقد منذ تكوينه والأشخاص الذين ليست لهم هذه الصفة إلا في آونة تنفيذه. والأشخاص الأولون هم الذين يمكن نعتهم بالفرقاء المتعاقدين بمقدار ما هم مبرمون العقد بصورة حقيقية. والآخرين ليسوا سوى فرقاء مرتبطين بالعقد. بيد أن الفرقاء جميعاً، سواء كانوا متعاقدين أم لا، مرتبطون بالعقد.

1) الفرقاء في آونة تكوين العقد

345 - يتعلق الأمر، من جهة أولى، بالأشخاص الذين ساهموا في إبرام العقد بتعبيرهم بأنفسهم عن إرادتهم في الارتباط بالعقد، ومن جهة ثانية بالأشخاص المحثلين.⁽¹⁾ الأشخاص الذين ساهموا في تكوين العقد بالتعبير بأنفسهم عن إرادة الارتباط بالعقد.

346 - يدخل بالطبع في فئة الفرقاء في آونة تكوين العقد الأشخاص الذين ساهموا في تكوينه بالتعبير بأنفسهم عن إرادتهم في أن يكونوا مرتبطين بالعقد.

إن المتنازل والمتنازل له، في ما يتعلق بتحديد الفريق في العقد الذي يكون موضوعه التنازل عن عقد آخر، عندما يكون تنازل كهذا ممكناً، أي عندما يكون مجازاً شرعاً، أو مفروضاً⁽²⁾، هما فريقان في عقد التنازل هذا منذ إبرامه. على أن المسألة تطرح لمعرفة أي آونة، بالنسبة إلى عقد يشكل موضوع التنازل، كالإيجار على سبيل المثال، انطلاقاً منها، يصبح المتنازل له فيها فريقاً في هذا العقد، مع الملاحظة أن رضا المحال عليه، حسب التعريف، غير مفيد لتحقيق العملية.

وفي ما يتعلق بالتنازل الاتفاقي عن العقد، ونرى أن له في الحقيقة مفعول إنشاء عقد جديد⁽³⁾، يكون فريقاً في العقد المتنازل له والمحال عليه. وبالمقابل يبقى المتنازل له دائماً كغير بالنسبة إلى العقد المزعوم التنازل عنه.

أما الأشخاص الذين شاركوا فقط في تكوين عقد أبرمه أشخاص آخرون فلا يمكن وصفهم بالفرقاء. ولن يتمتعوا بأي امتياز، كما أن يقوموا بمهمتهم، حتى لا يمد لهم أي امتياز يميز الفرقاء، أي إمكانية وضع نهاية للعقد أو تعديله. والأمر على هذا النحو مثلاً بالنسبة إلى الذين لا غنى عن إجازتهم لتكوين العقد سواء تعلق الأمر بجهاز حماية عديم الأهلية أو جهاز إداري، للرعاية أو الرقابة، حتى المؤجر⁽³⁾.

(1) انظر الرقم 709 اللاحق وما يليه.

(2) انظر الرقم 687 اللاحق وما يليه.

(3) انظر: M. Vasseur, Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres - المجلة الفصلية للقانون المدني، 1949، صفحة 173. - انظر بهذا المعنى: F. Terré Ph. Simler, et Y.

ب) الأشخاص الممثلون.

347 - أثر التمثيل.

التمثيل يندخل المعيار الذي يستند، بالنسبة إلى وصف الفرقاء، إلى الذين أبرموا العقد⁽¹⁾. وكما لوحظ «كان الأشخاص الذين أبرموا العقد باسمهم أو لحسابهم فرقاء في الاتفاقية أو أصبحوا كذلك، مع أنهم لم يتبادلوا الرضا مع متعاقد»⁽²⁾.

ويلاحظ أولاً أن الممثل، حسب الرأي المقبول على وجه العموم، هو الفريق في العقد وليس الممثل⁽³⁾. ويقدم في هذا الشأن هذا السبب في أنه هو الذي سيكون ملزماً مباشرة بموجب العقد. غير أننا نرى أن التمثيل، حتى الذي يحل بإيجاز، يظهر أوضاعاً يتعذر فيها إبعاد الممثل بسهولة عن دائرة الفرقاء المتعاقدين، على الأقل عند تكوين العقد. فثمة ما يدعو إلى التفريق بصورة خاصة، بين أن يكون الممثل قد اعلم الفريق الآخر باسم الممثل أم لا، حتى بصفته كممثل. يضاف إلى ذلك أن الوسيط، حتى ولو لم يتعلق الأمر بالتمثيل بالمعنى التقليدي والمدني للتعبير، الذي يكتفي بالتفاوض في شأن العقد بدون أن يتلقى سلطة عقده، يقوم بدور الفريق تماماً في مرحلة تحضيرية ولا شك وإنما هامة في تكوين العقد، وليس من السهل دائماً تقدير ما إذا كانت هذه الأعمال، ولا سيما المعلومات التي يعطيها للفريق الآخر، تلزم بالطريقة نفسها للعقد بعد ذاته من اختاره كفاوض.

وينبغي، بالإضافة إلى ذلك، التفريق بين أن تكون إرادة الممثل قد ساهمت بصورة غير مباشرة في تكوين العقد أم لا.

348 - الأشخاص الممثلون الذين ساهمت إرادتهم بصورة غير مباشرة في تكوين

العقد.

يدخل في هذه الفئة الأشخاص الذين أعطوا غيرهم سلطة تقييدهم بالإسهام في تكوين

⁽¹⁾ Lequette, Les obligations, الجزء 2، العقد، الطبعة الرابعة 1993، رقم 1257. - وعلى نقيض ذلك: P. - Y. Gauthier، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 156، الذي يفرق بين الفرقاء التابعين والفرقاء الأصليين ويخصص الوصف الأول للأشخاص المشاركين في عمل قانوني يبرم من قبل آخرين، كاللوجر العظم بإعطاء موافقة على التنازل عن إيجار تجاري، والفقيه الذي يجب أن يقدم مساهمة في العقد الذي يبرمه الراشد تحت الوصاية، والممثلين القانونيين للقاصر في إبرام عقد زواج، ومالك ربة السلك «في ليجارات الحماية التي يبرمها مالك حق الانتفاع»، والمخير الذي يتنفي عليه، في الإجراءات الجماعية، مساعدة الممثلين المرفوع اليد في حقبة المراقبة. ومن الصحيح، في هذه الأوضاع جميعاً، أن مشاركة الغير في إبرام العقد تنتج مضاعف قانونية؛ ولكنها لا تصني عليه صفة الفريق، حتى التابع، ذلك بأن هؤلاء الأشخاص لا يبرمون العقد. وليست لهم سلطة تمديله بتوافق الإرادات أو وضع نهاية له بالطريقة عينها.

⁽²⁾ G. Marty et P. Raynaud، المرجع عينه، الجزء 1، رقم 262، والفرقاء في عرفهما هم الأشخاص الذين أبرموا العقد، أي الذين أعطوا هم أنفسهم رضاهم أو كانوا ممثلين في إبرامه.

⁽³⁾ Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع نفسه، رقم 658.

⁽⁴⁾ Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع ذاته، رقم 658. - H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه، الجزء 2، رقم 258، صفحة 105 Ch Larroumet، المرجع عينه، رقم 742.

عقد باسمهم أو لحسابهم. والأمر كذلك كلما كان العقد مبرماً من قبل ممثل سمي هو نفسه في عقد بنشئ، تمثيلاً تاماً للمثل من قبل الممثل، كمقد الوكالة مثلاً. فالممثل، في شكل ما من إبداء الإرادة من الدرجة الثانية، يساهم في إبرام العقد. وللمثل بعد ذلك بلا جدال سلطة تعديل العقد أو وضع نهاية له بتوافق الإرادتين مع الفريق الآخر.

ويمكن تطبيق التحليل ذاته عندما يتعلق الأمر بتمثيل شخص معنوي (أو اعتباري) لا يمكن أن يبدي إرادته إلا عبر أجهزته، أي عبر الأشخاص الطبيعيين المتميزين، بحسب التعريف، عن الشخص المعنوي ذاته والأشخاص المعنويون الممثلون بأشخاص طبيعيين أناطوا به هذه السلطة بالتعبير عن إرادتهم الجماعية وفي إطار هذه الإرادة⁽¹⁾ هم أيضاً نرقاء في العقد. وبإمكان الشخص المعنوي، عبر الأجهزة المزهلة للتعبير في هذه الآونة عن إرادته، بعد ذلك تعديل العقد أو وضع نهاية له بتوافق الإرادتين مع الفريق الآخر.

349 - الأشخاص الممثلون الذين ليسوا فرقاء في العقد إلا بواسطة إرادة ممثل يعمل بمقتضى القانون وضمن حدوده.

يربط التحليل التقليدي صفة الفريق بدور إرادة الفرد في تكوين العقد. وينتهي عند ذلك استخراج النتائج المنطقية من ذلك. إن معيار دور إرادة من هو أهل للحق تفقد أي مدلول عندما يتعلق الأمر بالتمثيل القانوني، وعلى وجه أخص عندما يكون الممثل فاقد الأهلية القانونية للتعبير عن إرادته الفعالة.

والفريق حسب المذهب التقليدي، هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الملزم بالعقد عقب إبداء إرادة صادر عن شخص آخر له السلطة القانونية لإبرام العقد مكانه وإنما لحسابه. على أن إعطاء صفة الفريق في هذه الفرضية للممثل يعني قبول أن إرادة إبرام العقد ليست هي التي تحدد هذه الصفة، بل البحث عن يتحمل سلباً مفاعيل العقد أو يستفيد منها إيجابياً. وذلك يعني نفي دور الإرادة الفعلية لمن هو أهل للحق في نسبة صفة الفريق، مما هو في تناقض مع مذهب سلطان الإرادة الذي يضم أيضاً إلى حد كبير المذهب الأكثر تقليدية. والمنطق يفرض في هذه الرؤية أن يكون الممثل إذاً غيراً يتحمل مفاعيل العقد الملزمة أو يستفيد منها بمفعول القانون وحده، إذ إن الممثل القانوني ليس سوى أداة تتبع العمل بنص هذا القانون.

بيد أن الكل متفق على الاعتراف لعديمي الأهلية الممثلين عن طريق ممثلهم القانوني بصفة الفرقاء. وللاعترا ف للممثل في هذا الوضع بهذه الصفة يجب عند ذلك قبول تمتع القانون بسلطة إضغائها على غير الفرقاء المتعاقدين بالمعنى الضيق. ومما لا غنى عنه، بهاجس المنفعة الخاصة، من أجل عدم استبعاد أشخاص ليس بإمكانهم إبداء إرادة سليمة قانونياً، وبهاجس المنفعة الاجتماعية، في سبيل عدم شل إدارة الذمة المالية، السالح للممثل

(1) انظر الأشخاص Les personnes، رقم 28، الصفحات 37 إلى 39.

الذي يعمل بموجب مهة وفي حدود القانون بأن يستبدل إرادته بإرادة عديم الأهلية .
والأشخاص الممثلون هم هنا فرقاء بإرادة ممثل يعمل استناداً إلى القانون وضمن حدوده .
ويبقى العقد توافقي لإرادتين مما يتسجم مع تعريفه ويميزه عن النظام ، يضاف إلى ذلك أن
إرادة الغير غير مقبولة استثنائياً لتحقيق هذا الاتفاق إلا بفعل القانون وضمن الحدود الصلبة
التي يرسمها من أجل الحفاظ فعلياً على مصالح الممثل .
(2) الفرقاء في آونة تنفيذ العقد :

350 - ينبغي التفريق هنا بين الأشخاص الذين اكتسبوا صفة الفريق والأشخاص
الذين فقدوا هذه الصفة .

(أ) الأشخاص الذين اكتسبوا صفة الفريق .

351 - المقصود هم الأشخاص الممثلون بالفرقاء المتعاقدين الأصليين أو
المستبدلون بهم ، وتكون لهم عند ذلك امتيازاتهم المستندة إلى العقد ، أي سلطة تعديله
أوضع نهاية له حسب الإجراء العقدي أي بتوافق الإرادات .
ويمكن التفريق بين الأشخاص الذين استفادوا من تمثيل بفعول مؤجل والأشخاص
الذين انضموا إلى اتفاقية جماعية أو إلى شخص معنوي والأشخاص الذين استفادوا من نقل
وضع تعاقدي .

1 - الأشخاص المستفيدون من تمثيل بفعول مؤجل .

352 - الأشخاص الذين أصبحوا فرقاء بفعول تمثيل غير كامل .

يشارك الممثل في التمثيل الكامل في تكوين العقد بإبداء للإرادة من الدرجة الثانية .
ويكتفي الممثل بتنفيذ التعليمات المحددة إلى حد ما التي يعطيها لها الممثل . غير أنه في ما
يتعلق بتمثيل غير كامل يستبدل الممثل نفسه بممثل الذي يظهر في الأصل كفريق في العقد .
يدخل أولاً في هذه الفئة المفوض الذي أجاز شخصاً آخر في عقد تفويض ، هو
المفوض ، بإبرام عقد لحسابه أو باسمه . ولا يكتسب المفوض صفة الفريق إلا عندما ينقل إليه
المفوض الفائقة ؛ وبالمقابل يمتلك هو حصراً عند ذلك الامتيازات كافة⁽¹⁾ .

ويمكن وصف التمثيل ، في إعلان الحائز الحقيقي ، بالخيارية فيحتفظ المفوض عند
إبرام العقد مع الغير بإمكانية العمل باسمه ولحساب شخص آخر برفض الكشف عن هويته .
وبعبارة أخرى يتقدم من الغير بصفة مزدوجة : متعاقد وممثل ؛ ويحدد صفته الصحيحة بالقيام
بالتصريح عن الحائز الحقيقي أم لا . كما يقتضي أن يقل الحائز الحقيقي أو يكون قد قبل في
عقد سابق هذا التمثيل الذي ينتج عند ذلك مفاعيل تمثيل كامل ، فيحتك الحائز الحقيقي

(1) انظر الرقم 577 اللاحق .

عندها جميع الامتيازات المرتبطة بصفة الفريق⁽¹⁾.

وعندما تكون هناك ضرورة عن طريق تدخل مسخر يكون المتعاقد الحقيقي قد التزم بالكتاب المضاد بأن يصبح دائماً أو مديناً تنفيذاً للعقد. والمسخر كما الفريق الآخر، يمكنه التمسك بالكتاب المضاد بحيث أنه ملتزم فعلياً. والفريق الآخر، بالمقابل، يمكنه رفض الأخذ في الحسبان الكتاب المضاد، إذا رأى مصلحته في ذلك، فينكر هكذا صفة الفريق في العقد المستمر. فتخضع صفة الفريق إذاً، هنا أيضاً، لقبول صاحب العلاقة. ولكنها تتوقف أيضاً على شرط إضافي: قبول الفريق الآخر. وعندما يتدخل هذا الأخير يمتلك المتعاقد الحقيقي امتيازات فريق في العقد.

كما أن الشخص الذي تم التعهد بالحصول على مرافقة الغير لأجله يكتسب بعد مصادقته صفة الفريق والامتيازات المرتبطة به بالطريقة عينها كما لو كان قد أعطى سابقاً وكالة لمن أبرم عقد التمهيد بالحصول على مرافقة الغير لحسابه.

2 - الأشخاص الذين انضموا إلى اتفاقية جماعية أو إلى شخص معنوي.

353 - اتفاقيات العمل الجماعية عقود مفتوحة يمكن الانضمام إليها بعد إبرامها. ويغدر المنضمون فرقاء في الاتفاقية الجماعية، فيتحملون مفاعيلها الإيجابية والسلبية، ويملكهم على الأخص المقاضاة في شأنها عبر الأجهزة التمثيلية التي ينص القانون عليها. كما أن الأشخاص المنضمين إلى شخص معنوي، مكتسبي أسهم شركة مغفلة مثلاً، يصبحون فرقاء في العقد الذي كوّن هذا الشخص المعنوي. ويملكهم، عبر أجهزة الشخص المعنوي التمثيلية، الجمعية العامة للمساهمين في الشركة المغفلة مثلاً، ممارسة امتيازاتهم كفرقاء وتعديل العقد الأولي أو وضع نهاية له.

3 - الأشخاص المستفيدون من نقل وضع تعاقدية.

354 - الخلفاء الكليون أو بصفة كلية.

وأينا أن وفاة أحد الفريقين تؤدي طبيعياً إلى نقل حقوقه إلى خلفائه الكليون أو بصفة كلية. واندماج الشركات، أو امتصاصها، يؤدي كذلك إلى نقل كهذا للذمة العالية للشركة أو الشركات المندمجة. وتنتفي الشركة الجديدة الناتجة، مثلاً، عن اندماج شركتين أو أكثر في الذمة العالية لهذه الشركات، العقود التي أبرمتها.

ثمّة توافق على تصنيف الخلفاء الكليون أو بصفة كلية في الفرقاء، أو على الأقل مماثلتهم بالفرقاء⁽²⁾ مع أن إرادتهم لم تشترك في إبرام العقد.

(1) انظر الرقم 678 اللاحق.

(2) انظر بهذا المعنى بصورة خاصة H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه، الجزء 2 رقم 1258، صفحة 527. - انظر بهذا المعنى، J. Flour et J. L. Aubert، المرجع عينه، المجلد 1، رقم 445. - Ch. Larroumet، المرجع عينه، رقم 741.

بيد أنها تقوم بدور معين، بالمقابل، في نقل العقود التي أبرمها مورثهم. فالخلف الكلي، الوريث، ليس مرتبطاً بالمفاعيل الملزمة لهذه العقود إلا أن يكون قد قبل الإرث ضمناً على الأقل. وتتطلب حياة صفة الورث ذاتها بالفعل، حسب الاجتهاد، قبولاً ضمناً على الأقل. ويستنتج من التنسيق بين المادتين 789 و 2262 من القانون المدني أن إمكانية قبول الإرث أو العدول عنه تتقدم (يمر الزمن عليها) بعد ثلاثين سنة. والحال أن الاجتهاد قبل بسرعة كبيرة اعتبار الوريث الذي بقي ساكناً أنه قد عدل عن الإرث⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض حكمت، في 18 كانون الثاني 1989⁽²⁾، بعد إقدامها على تحول للاجتهاد في شأن عبء الإثبات، بأن «من يطالب بتركة مفتوحة منذ أكثر من ثلاثين سنة عليه أن يثبت أنه هو نفسه أو مورثوه قبلوها ضمناً على الأقل قبل انقضاء المهلة» فالورث ليس مرتبطاً إنداً بالعقد التي أبرمها مورثه إلا أن يكون، ضمناً على الأقل، قد قبل خلاصته.

ونقل العقد الذي يجري مبدئياً بالنسبة إلى ذمة المتوفى المالية هو أيضاً، استثنائياً، يفعل القانون طالما أنه نتيجة قواعد إرثية⁽³⁾. يضاف إلى ذلك، كما لاحظ السيد Aubert، أن الورث يصبح فريقاً في الاتفاقيات ذاتها التي لم يكن على علم بها⁽⁴⁾. ونقل العقد يمكن أن يتحقق أيضاً في حياة من أبرمه.

355 - نقل وضع عقدي بين الأحياء.

التنازل عن العقد مفروض في أنظمة قانونية مختلفة.

يفرض هذا النقل في بعض الحالات القانون على الفريقين. وأهم التطبيقات هي موجب استمرار عقود العمل الذي يلغى على عائق مكتب ملكية مقابلة بمقتضى المادة 122 - 12 من قانون العمل الناتجة عن قانون 19 تموز 1928، واستمرار الإيجارات المفروض على مكتسب شيء مؤجر، حسب المادة 1743 من القانون المدني، واستمرار التأمين في حالة التصرف بالشئ المؤجر، وفقاً للمادة 121 - 10 L. من قانون التأمينات.

وفي حالات أخرى يتنازل أحد الفريقين إلى الغير عن وضعه العقدي ويفرض القانون على الفريق الآخر هذا الاستمرار الذي ليس في وسعه أن يعارضه. يوجد هنا أيضاً، وإنما بالنسبة إلى أحد الفريقين فقط، تنازل جبري قانوني عن العقد.

وبإمكان مؤسسات التأمين، تطبيقاً لمرسوم 14 حزيران 1938 أن تتنازل، بموافقة وزير العمل، عن «حقيقية» عقودها «بحقوقها وموجباتها» إلى شركة أو عدة شركات معتمدة من قبل

(1) النقض المدني في 13 حزيران 1855 Dalloz، 55، 1، صفحة 253 - 13 شباط 1911، 1911 Dalloz، 1، صفحة 391.

(2) النشرة المدنية، 1، رقم 34، صفحة 22.

(3) انظر الرقم 332 السابق.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 43.

الحكومة. وهذا النقل توسع اليوم المادة 324 - L. 1 من قانون التأمينات، وهو يستبدل الشركة المتنازل لها بالشركة المتنازلة بصفتها مدينة المؤمنين الذين ليست موافقتهم ضرورية⁽¹⁾.

وتنص الفقرة الأولى من المادة 1601 - 4 من القانون المدني، كما نتجت عن قانون 4 تموز 1967 على ما يلي: «تنازل مكتسب الملكية عن الحقوق التي آلت إليه من بيع عقار للبناء يجعل المتنازل له بقوة القانون بدلاً في موجبات مكتسب الملكية تجاه البائع. وتنص الفقرة الثالث من النص عينه على أن هذه الأحكام تطبق على جميع أنواع النقل بين الأحياء الإرادية أو الجبرية، أو بسبب الوفاة».

وبمقتضى المادة 1831 - 3 إذا كان صاحب المبنى، قبل إنجاز المشروع، قد تنازل عن الحقوق التي له على هذا المبنى، يستبدل المتنازل له به بقوة القانون، إيجابياً وسلبياً، في مجمل العقد...⁽²⁾.

وكما لاحظ أحد المؤلفين «إننا هنا أمام حالة يستفيد الغير أو يتحمل، على عكس المادة 1165، من مقاييل عقد لم يبرمه»⁽³⁾، وذلك حتى بدون أن تكون موافقته ضرورية. والنصوص «تحقق تنازلاً قانونياً عن العقد... بكونه لا يركز على إرادة الفرقاء... والأمر على الأكثر، ما عدا الاستثناء، يتعلق بتنازل آمر...»⁽⁴⁾ فال مقصود هنا «مفعول القانون وهو مصدر موجب تنافسي مع الإرادة»⁽⁵⁾.

من المشروع إذاً ملاحظة أن مبدأ المادة 1165 سليم ما دام أن العقد ينتج مفاعيله الملزمة تجاه أشخاص لم يصبحوا فرقاء⁽⁶⁾. وذلك يعني أن المادة 1165 من القانون المدني تقصد صراحة الفرقاء المتعاقدين، أي الفرقاء الذين أبرموا العقد. ومبدأ النص بالتالي، كما هو مفهوم اليوم، محافظ عليه.

على أن المسألة تطرح، بالنسبة إلى العقد الذي يشكل موضوع التنازل، كالأبجار مثلاً، حول معرفة أي أونة يصبح المتنازل له، انطلاقاً منها، فريفاً في العقد. يمكن التردد والأخذ بأن التنازل يتم رجعية في العلاقات بين المتنازل له والمحال عليه أو اعتبار التنازل غير منتج مفعوله إلا من تاريخ عقد التنازل. ولن يغدو المتنازل له، مبدئياً، فريفاً منذ تكوين العقد المتنازل عنه، وإنما فقط منذ عقد التنازل، ما عدا وجود نص مخالف (انظر على سبيل المثال المادة 122 - 12 - L. 1 من الفقرة 1 من قانون العمل). وفي الواقع، في عقد تنفيذ متعاقب، يكون للمتنازل له، في أونة والتنازل، مع رجعية أم لا بحسب الحالة، الوضع

(1) انظر H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه، الجزء 2، رقم 1368، صفحة 572.

(2) H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه، الجزء 2، رقم 1368، صفحة 570.

(3) Ch. Larroumet، المرجع عينه، رقم 785.

(4) Ph. Malaurio et L. Aynès، Obligations، المرجع عينه، رقم 658، التعليق 25.

(5) انظر بهذا المعنى Ph. Malaurio et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 658.

العقدي للمتنازل. وهو يمتلك، في أي حال، منذ التنازل، سلطة تعديل العقد بتوافق الإرادات أو وضع نهاية له بالطريقة عينها.

لم نتفحص هنا سوى فرضيات التنازلات المسماة قانونية أو جبرية عن العقد. وسنرى بالفعل^(١) أن التنازل الاتفاقي عن العقد، أو بصورة أدق الوضع العقدي، ليس ممكناً إلا بموجب توافق إرادتي المحال عليه والمتنازل له الذي يجعل منه عقداً جديداً متميزاً عن العقد الأولي. فالمتنازل والمتنازل له ليسا إذًا فريقين في العقد الجديد المكوّن على هذا الشكل.

(ب) الأشخاص الذين فقدوا صفة الفريق.

356 - خسارة صفة المنظم إلى اتفاق جماعي أو العضو في شخص معنوي.

كما أن الانضمام إلى عقد جماعي أو إلى شخص معنوي يكسب صفة الفريق في هذا العقد الجماعي أو في الاتفاقية المكوّنة للشخص المعنوي، فإن خسارة هذا الانضمام بالاستقالة أو الاستبعاد، على وجه الخصوص، تؤدي إلى خسارة صفة الفريق.

ولا تتراق خسارة صفة الفريق هذه دائماً مع نقلها إلى الغير. وهكذا، مثلاً، لا يؤدي انسحاب شريك من شركة برأسمال متغير إلى أي نقل لصفة الفريق.

357 - التنازل عن وضع عقدي يؤدي إلى خسارة المتنازل صفة الفريق.

كلما أجاز القانون لأحد الفريقين التنازل عن وضعه العقدي إلى الغير، أو فرض هذا التنازل، يكون هذا الغير، المتنازل له، كما سبق أن رأينا، هو الذي يصبح فريقاً، ونتيجة ذلك خسارة المتنازل صفة الفريق.

358 - تعريف الفريقين المقترح.

إن الأشخاص جميعاً الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بمفعول التمثيل الاتفاقي أو القانوني، أو انضموا إليه عندما يجيز القانون ذلك، أو الذين استبدلوا بالفرقاء المتعاقدين بنقل وضعهم العقدي الذي يسمح به القانون أو يفرضه، ويكونون مرتبطين، إيجابياً وسلبياً، بمفاعيل الملزمة ويمثلون الامتيازات الخاصة بهذه الصفة، أي إمكانية تعديل العقد أو العمل على تلاشيها بإجراء عقدي، أي بتوافق الإرادات، هم فرقاء في العقد.

ب - الغير

359 - الغير هو جميع الأشخاص الذين ليست لهم صفة الفريق.

إن هذا التعريف هو التقليدي الأكثر. فجميع الأشخاص الذين ليست لهم صفة الفريق، كما سبق التعريف، بمن فيهم الأشخاص المرتبطون إيجابياً وسلبياً ببعض مفاعيل العقد

(١) انظر الرقم 891 اللاحق.

الإلزامية، عندما لا يملكون الامتيازات الخاصة بصفة الفريق، أي سلطة إبرام العقد أو تعديله أو العمل على تلاشيته حسب الإجراء العقدي، أي توافق الإرادات، هم الغير⁽¹⁾.

والغير في القانون الروماني *penitus extranei*⁽²⁾، في هذه الرؤية، هو بالطبع غير. والأمر كذلك في شأن الدائنين العاديين⁽³⁾ بالنسبة إلى أحد الفريقين. وإن يصبح هو نفسه، حتى عندما يمارس عن طريق الدعوى غير المباشرة حقوق مدينة الساكن ضد مدينه، دائن هؤلاء المدينين، ولا سيما أنه لا يملك أي حق في العقد الذي يكون مدينوه قريباً فيه، وليس في وسعه تعديله أو العمل على تلاشيته. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الخلفاء بصفة خاصة⁽⁴⁾ لأحد الفريقين. وإذا كانت صفة الدائن أو المدين، في بعض الحالات الخاصة، شرطاً لفعالية حجية العقد تجاه الخلفاء بصفة خاصة، فذلك، كما سنرى، ليس سوى مجرد نتيجة للمفعول التكميلي لحجية العقد في ما يختص بقوته الملزمة. والخلفاء بصفة خاصة، على وجه الخصوص، وفي أي حال، ليست لهم أي سلطة في تعديل عقد مورثهم أو العمل على تلاشيته إذ يكتفون بتحمل نتائجه أو الاستفادة منها.

360 - التفريق بين الفرقاء والغير والطريق بين مجالات القوة الملزمة للعقد وحجيته.

العقود، كما رأينا، يحتاج بها اتجاه الغير. وتستلزم قوة العقد الملزمة بين الفريقين بالأحرى حجيته. فالعقد إذاً يحتاج بها في وجه الغير كما ضد الفريقين.

وينبغي، بالنسبة إلى قوة العقد الملزمة، اللجوء إلى تفريق هام بين الفرقاء والغير. فالفرقاء هم، حسب التعريف والضرورة، دائنوا المدينين بموجب العقد، ويتحملون القوة الملزمة ويمكن أن يتسكروا بها. والسبب، في ما يتعلق بالغير، هو بالمقابل، أنه ليس دائناً ولا مدينياً بموجب العقد.

يبد أن هذا المبدأ يتضمن استثناءات، مما لا يتيح تزامن التفريق بين الفرقاء والغير، من جهة أولى، والتفريق بين المفعول الملزم للعقد وحجيته من جهة أخرى. إن الغير، بالتأكيد يمكن، استثنائياً، أن يصبح دائناً أو مدينياً استناداً إلى العقد.

والأمر على هذا النحو، تطبيقاً للمادة 1121 من القانون المدني، في ما يختص بالغير المستفيد من اشتراط لمصلحة الغير، والغير الذي يمكن أن يستفيد من دعوى مباشرة استناداً إلى مبدأ عدالة المعارضة، وأخيراً عندما يكون اكتساب صفة الدائن أو المدين شرطاً ضرورياً لفعالية حجية العقد الكاملة.

(1) باستثناء الأشخاص المطلقين بتدخل قانوني أو قضائي.

(2) انظر الرزم 331 السابق.

(3) انظر الرزم 334 السابق.

(4) انظر الرزم 333 السابق.

361 - المستفيدون من الاشتراط لمصلحة الغير.

أجازت المادة 1121 من القانون المدني صراحة الاشتراط لمصلحة الغير، كاستثناء على مبدأ المفعول النسبي للمقد. ويصبح الغير بقبوله الاشتراط الذي أجراه المشرط لصالحه دائن الدين الذي يقطع به الواعد. وأكثر من ذلك يعتبر أنه كان منذ الأساس المستفيد الوحيد من هذا الدين الداخل مباشرة في ذمة المالك بدون المرور بذمة المشرط العالي.

إن مسألة معرفة ما إذا كان الغير المستفيد قد اكتسب صفة الفريق المتعاقد منازع فيها. بعض المؤلفين يستنتج من أنه ليس بإمكانه ممارسة دعوى البطلان أو فسخ العقد الذي أنشأ الاشتراط لمصلحة الغير إذ ليست له صفة الفريق في هذا العقد⁽¹⁾. غير أننا نرى أن هذه الإمكانية لا يمكن اعتمادها كمعيار لصفة الفريق⁽²⁾. وقد حكمت محكمة النقض بأن قبول المستفيد من عقد تأمين على الحياة لم يكن مفعوله إضفاء صفة المكتب بالتأمين عليه⁽³⁾.

وبالفعل من العقلي رفض صفة الفريق للغير المستفيد لأنه ليست لديه سلطة تعديل العقد المبرم بين المشرط والواعد ولا سلطة وضع نهاية له. بإمكانه قبول الاشتراط المعقود لمصلحته أو رفض الاستفادة منه وحسب.

على أنه يجب التوقف عند حالة الاشتراط لمصلحة الغير مع عبء الذي ينتج، كما سنرى⁽⁴⁾، إبرام عقد حقيقي لمصلحة الغير. إن الغير المستفيد الذي يصبح في الوقت عينه دائناً ومديناً بمفعول العقد المبرم لصالحه لا يمكن أن يلزم بدون موافقته. وكان الاستنتاج من ذلك أن هذا القول لا يتحدد هنا بدعم حق ميق أن وجد عند الاشتراط لمصلحة الغير بل كان ضرورياً لإنشاء الموجب ذاته⁽⁵⁾. وهذا القول في الحقيقة ليس سوى إبداء الرضا المكوّن للتوافق الضروري للإرادتين في إبرام عقد لمصلحة الغير. ولا أهمية لكون إبدائه يتم، احتمالياً، بطريقة موجلة ويمكن أن يقارن بالوضع الناجم عن مصادقة الشخص الذي جرى التحدث بالحصول على موافقة الغير لمصلحته.

وقد اقترحت السيدة Gelfucci - Thibierge⁽⁶⁾ قبول ازدواجية صفة المستفيد: إنه يصبح، كغيره في العقد المتضمن الاشتراط بكونه ينشئ حقاً لمصلحته، فريفاً لأن هذا

(1) انظر بهذا المعنى I. Aynès, La cession de contrat, الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 178. - L. - L.G.D.J.

(2) Doulal, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, 1981، مقدمة H. Batiffol، صفحة 237 وما يليها. - Ch. Larroumet, les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، بورجو، 1968، رقم 161 ورقم 171. وكذلك الرقم 636 اللاحق.

(3) انظر الرقم 341 السابق.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 أيار 1984، النشرة المدنية I، رقم 166، صفحة 141.

(5) انظر الرقم 630 اللاحق وما يليه.

(6) انظر: Ph. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette، المرجع عينه، رقم 498. - Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 681. - C. Gelfucci - Thibierge، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 38.

(7) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 831.

الاشتراط يضع موجباً على عاتقه». وفي عرفها «إن ذلك يدون تأثير في وحدة النظام المطبق عليه بمعنى أنه، في الحالتين، خاضع لمفعول موجب العقد». ولكننا رأينا أن الخضوع لمفعول موجب العقد لا يكفي لتمييز صفة الفريق. يجب أيضاً أن تكون لصاحب العلاقة سلطة إبرام الاتفاقية أو تعديلها أو العمل على تلاشيها بإجراء خاص بالعقد، أي بتوافق الإرادتين. ويبدو منطقياً، في هذه الرؤية، الأخذ بأن يصبح المستفيد من عقد لمصلحة الغير، بعد قبوله، فريقاً في العقد غير أنه، عندما يتعلق الأمر بعقد يبرمه عدة متعاقدين⁽¹⁾، ليس في وسعه ممارسة امتيازاتهم في تعديل الاتفاقية أو العمل على تلاشيها إلا بموافقة المتعاقدين معها أي المشترك والواعد.

362 - يمكن أن يستفيد الغير من دعوى عقدية مباشرة مبنية على مبدأ عدالة

المعاوضة.

ليس للدعوى المباشرة، بخلاف الرأي الذي كان مقبولاً على وجه العموم⁽²⁾، أساس قانوني محض. فالعديد من هذه الدعاوى، من وجهة النظر التاريخية، كان مصدره اجتهادي. وقد تم قبولها في بعض الأوضاع الخاصة، على أساس نص غير دقيق حتى في غياب النص، لدواعي الإنصاف. ومن الممكن، في هذا الصدد، الأخذ بأنها تشكل «تصحيحاً» أكثر مما تشكل استثناء على مبدأ نسبية العقود، وقبولها، في هذه الفرضية أو تلك، خارجي عن إرادة من يستفيد منها وعن إرادتي المدين الثانوي والمدين الوسيط.

ويجوز الاستنتاج من تحليلات المؤلفين التي كانت في أساس الإوابية⁽³⁾ أن قبول الدعاوى المباشرة، بغطاء اللجوء إلى المعنى العام للإنصاف، تتجارب مع حاجس عدالة المعاوضة عندما يدخل حائز الدعوى، بتحويل قيمة في ذمة المدين الثانوي المالية، من وجهة نظر اقتصادية، في حقل العقد الذي يربط هذا الأخير بالمدين الوسيط، أو عندما يكون المستفيد من الدعوى هو المخصص الموضوعي بالتعويض⁽⁴⁾، مما يتسوّغ أيضاً، في هذه الحالة الأخيرة، مبدأ المنفعة الاجتماعية. ولذلك للدعوى المباشرة موضوع وحيد هو إنشاء منفعة لصالح من يستفيد منها بالسماح له بالتسكك ببعض المفاعيل الملزمة للعقد الذي يربط مدينه بمدينه الخاص وليس بجعله فريقاً في هذا العقد الأخير، على عكس ما أخذ به

(1) انظر الرقم 631 اللاحق.

(2) انظر: M. Cozian, L'action directe, منشورات L.G.D.J., 1989, مقدمة A. Ponsard, وكذلك H. L. J.

(3) انظر: Mazzaud, Obligations - théorie générale, الطبعة الثامنة، تأليف F. Chabas، رقم 802. O. Merly et P. Raynaud, Les obligations، الجزء 1، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، رقم 274.

(4) Ch. Jamin, La notion d'action directe، أطروحة في باريس I، منشورات L.G.D.J., 1991، مقدمة J. Ghestin، رقم 298 وما يلي.

(5) الأمر على هذا المنوال في مادة البيوعات المتعاقبة، إذ يجب أن يفقد ضمان نزح اليد أو العيوب الخفية من هو مالك الشيء، أو في مادة تأمين المسؤولية الضمنية التي تمتلك حقاً في تعويض يفسمه عقد التأمين الذي أبرمه المزلول عن الضرر الذي أصابه.

المؤلفون الذين قدروا أن الدعوى المباشرة تكشف وجود علاقات عقدية شرعاً بمعنى مجمرعات عقود⁽¹⁾.

إن هدف الدعوى المباشرة، بتعبير آخر، هو أن يصحح، تطبيقاً لمبدأ عدالة المعايضة، مبدأ نسبة الاتفاقيات بالسماح لحائزها، حتى خارج رضا، بالتمسك ببعض مفاعيل العقد الملزمة. غير أن موضوعها أو مفعولها، ليس من شأنه أن يجعل منه فريقاً في العقد.

فحائز الدعوى الذي لا يمكن أن يكون فريقاً في العقد الذي يربطه بالمدين الوسيط⁽²⁾ ليس فريقاً في العقد الذي يربط هذا المدين الوسيط بمدينه الخاص. وليست له سلطة تعديل هذا العقد أو وضع نهاية له بتوافق الإرادات.

363- يمكن الاصراف بصفة الدائن أو المدين للغير عندما تكون شرطاً ضرورياً لفعالية حجية العقد الكلية.

ستكتفي بإعطاء بعض الأمثلة.

لا يعتبر المدين المحال عليه، في حوالة الدين، فريقاً في علاقات الموجب الجديدة التي أنشأتها هذه الحوالة بين المحيل والمحال عليه، إنه هنا بصورة ما موضوع الحق وليس من هو أهل للحق. وعندما تكون حوالة الحق، ضمن بعض الشروط، محتجاً بها ضده، لا تكون هذه الحجية فعالة كلياً إلا أن يصبح في الوقت عينه مدين المحال عليه⁽³⁾.

كما أن حجية العقود المتعلقة بالحقوق العينية لا يمكن أن تكون لها الفعالية التامة إلا، وفي الوقت عينه، بشرط قبول المفعول الملزم للاتفاقيات⁽⁴⁾.

وبالمقابل لا يمكن أن يماثل الغير الذي يدعى ضده بوجود شبكة توزيع بأعضاء هذه الشبكة المدينين بموجب الحصرية في قطاع معين. وتواطؤه في انتهاك الموجبات العقدية الملغاة على أعضاء الشبكة يؤدي إلى مسؤوليته التفسيرية، ولكنه غير ملزم شخصياً بموجبات أعضاء شبكة التوزيع⁽⁵⁾.

من البديهي في هذه الأوضاع جميعاً، في أي حال، أن الغير ليست له أبداً سلطة تعديل العقد أو وضع نهاية له بتوافق الإرادات. وليس هناك أي مجال للاعتراف لهؤلاء الأشخاص بصفة الفريق، حتى ولو كان يمكن أن يخضعوا للقوة العقد الملزمة.

364- إن إعادة التوزيع المقترحة لأوصاف الفرقاء والغير تجهذ في التوفيق بين دور

(1) انظر بصورة خاصة B. Teyssié, Les groupes de contrats, منشورات L.G.D.J., 1976, مقدمة J. M. Mousseron، رقم 476 وما يليه.

(2) ليست الحال دائماً كذلك. انظر الدعوى المباشرة لفحمة حاتم عبد مؤمن المؤول.

(3) انظر الرقم 375 اللاحق.

(4) انظر الرقم 388 اللاحق وما يليه.

(5) انظر الرقم 377 اللاحق.

الإرادة التي تميز العقد كإجراء خاص لإنشاء مفاعيل قانونية والضرورة المزدوجة للأخذ في الحبان، من جهة أولى، أن امتداد مفاعيل العقد الملزمة ليس محدوداً بالأشخاص الذين كونوا العقد في الأساس بتبادل الرضا، وهذا ما لا يعارضه أحد اليوم، ولا يمكن أن يكون محدوداً، ومن جهة ثانية أن وصف الفريق ينبغي أن يقدر طيلة حياة العقد، من تكوينه إلى تنفيذه أو تلاشيته.

فالفرقاء هم الأشخاص الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بفعل تمثيل اتفاقي أو قانوني والذين انضموا إليه عندما يسمح القانون بذلك، أو الذين جرى استبدالهم بالفرقاء المتعاقدين بنقل وضعهم العقدي الذي يجيزه القانون أو يفرضه، والمرتبطون إيجابياً وسلبياً بمفاعيله الملزمة، ويمتلكون الامتيازات الخاصة بهذا الوصف، أي إمكانية تعديل العقد أو وضع نهاية له بإجراء عقدي، أي بتوافق الإرادات.

وجميع الأشخاص الآخرون هم الغير. غير أن بعض الغير بإمكانه أن يتمسك بمفاعيل العقد الملزمة أو تحملها كاستثناء لمبدأ المفعول النسبي. ويقتضي مع ذلك عدم وصفه بفريق لأنه ليس، سوى جزئياً، في وضع مشابه لوضع الفرقاء المتعاقدين ولا يملك أي امتياز خاص بهذه الصفة، أي تعديل العقد أو وضع نهاية له حسب الإجراء العقدي، أي توافق الإرادات. فالقانون الوضعي، بإرادته أو بدونها، هو الذي يجعل منه دائماً أو مديناً استناداً إلى العقد، وهو حل مشروع ما دام من المقبول أن هذا القانون الموضوعي ذاته هو الذي يحدد مفاعيل العقد بين الفرقاء وتجاه الغير. وكما لاحظ المؤلفون⁽¹⁾ «طالما أن القوة الملزمة للعقد غير متأتية عن الوعد، وإنما عن القيمة التي يخلقها القانون على الوعد، يمكن تماماً أن يقول أن المشرع، حتى الاجتهاد، يقرر، لتفقيده هذه الأوامر، امتداد حلقة الأشخاص الملزمين إلى أبعد من الأشخاص الذين أبرموا العقد». ومن المسموح به أن يضاف «حتى إلى أبعد من الأشخاص الذين اكتسبوا صفة الفرقاء».

(1) F.Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 480.

الباب الفرعي I

حجية العقد

365 - بعد أن قدمنا مبدأ الحجية سندرس الأنظمة الخاصة بالحجية.

الفصل الأول

مبدأ الحجية

366 - الحجية هي مكمل ضروري لقوة العقد الملزمة.

الحجية⁽¹⁾ ظاهرة عامة تنزع إلى تحقيق الاعتراف بوجود العقد من قبل الغير فذلك بأنه إذا كان هذا الغير مجازاً له التكر لوجوده فإن ذلك لا يمكن، عملياً، أن يسيء إلى الفعالية حتى بين الفرقاء⁽²⁾. ويكفي إيراد بعض الأمثلة للاقتناع بذلك.

وحالة الحق التي تأخذ من ذمة المحيل الحالية قيمة تصغر الرهن العام لذاتيه. وعلى افتراض أن هؤلاء الدائنين بإمكانهم إنكار الحوالة؛ فإن هذه الحوالة لا يمكن أن تنتج المفعول الناقل المنشود في ذمتي المحال عليه والمحيل الماليين طالما أنه يمكن دائماً اعتبار المحيل حائز الدين، وبمعبر آخر لن يكون للحوالة أي فعالية. كما أن المدين المحال عليه، وهو الغير في الحوالة، سيكون له الحق في التحرر بين يدي دائته الأولى بدون أن يكون بإمكانه الاعتراض عليه. وقد لاحظ المعيد Savatier أن «حوالة الحق» فضلاً كذلك «تفقد كل معناها إذ لم تكن تتيح للمحال عليه مقاضاة الغير المدين»⁽³⁾.

(1) انظر بصورة خاصة I. Marchesseaux, L'opportunité du contrat aux tiers, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco - belges

(2) لم يتردد السيد Fourmier، عند دراسة العلية المقاربة، في الأخذ بأن «فعالية حق، أو عمل قانوني، تتوقف على حجيت نجاه الغير»، في موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧، العلية المطاوعة، 1988، رقم 1. M. Ducloux، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 20، صفحة 45، الذي يشدد على أن العقود يجب أن تنتج خارج حلقة المتعاقدين من أجل القيام بهذا الدور الأساسي كأداة ملائمة للتجارة، واقتصادية بصورة كاملة. وحول الطابع العام للحجية يرجع، بشكل مفيد، إلى حكم الخرفة التجارية في محكمة النقض بتاريخ 4 كانون الأولي 1980 (النشرة المدنية، ١٧، رقم 307، صفحة 212). كان الأمر يتعلق بنزاع قضائي غربي تمسكت الإدارة فيه بأن أعمالاً ظاهرة كانت تعفي هبة. ولنقض الحكم المحال إلى محكمة النقض بينت قلباً لقلب لعبة الإثبات إذ أوردت بأنه كان يعود إلى إدارة الضرائب أن تثبت بكل الوسائل المتسجمة مع الطابع الخلقي للإجراء الضريبي الصوري المطروح بها لوجهل بدفع الثمن الوارد في عقد تنازل كان، إذ يولد وفقاً قانونياً جديداً، بهذه الصفة مستجاً به لي وجه أي غير، ولا سيما كمنصرينة.

(3) Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1934، صفحة 528.

وحالة بند عدم المنافسة لها هذا الطابع المميز أيضاً. وإذا افترضنا، دائماً، أن للغير حق تجاهل هذه الاتفاقية، فإن في وسعه أن يشكر، بلا عقاب، لموجب عدم العقل، بالتعاقد مع المدين بحيث أن هذا الموجب سيكون في قسم كبير منه محروماً من الفعالية ولو كان من المسلم به أن المدين يكون مسؤولاً عقدياً اتجاه شريكه في التعاقد.

كما أن وجود العقد التافل للحق المعيني أيضاً يُفرض على الغير لأنه، إذا كان هذا الغير مجازاً له إنكار وجوده، فلن يكون له أي فعالية وبالتالي غير تام.

إن المحاكم أخيراً، بالسماح للفریقین بالاحتجاج في وجه الغير بمقدورها لاستبعاد طلب التعويض المعيني على الإثراء بلا سبب، تكون قد اكتفت بتطبيق المادة 1134 من القانون المدني، بدون أن تقول ذلك صراحة. وهكذا حكمت محكمة النقض «بأن للإثراء سبب مشروع عندما يكون مصدره عمل قانوني، حتى ولو كان مبرماً بين من أثنى والغير»⁽¹⁾. وينتج من ذلك أن المفاوض الذي لم يدفع له مهر الذي شيد هذه الأبنية، في حالة إيجار يشترط أن تبقى الأبنية التي شيدتها المستأجر على قطعة الأرض الموجرة جميعاً في نهاية العقد ملك المورج بدون تعويض، لا يمكن التذرع في وجه المورج بقواعد الإثراء بدون سبب. وليست قاعدة المفعول النسبي للعقد قابلة لأن تسيء إلى هذا الحل ذلك بأن «العقد يثار هنا لمجرد القول إن للإثراء سبباً مشروعاً»⁽²⁾.

ومن المسموح به، انطلاقاً من هذه الأمثلة، القول إن الحجية هي مكتمل ضروري للقوة الملزمة للعقد⁽³⁾. وإذا ما وضعنا أنفسنا في وجهة نظر الفریقین تجاه الغير فإن الحجية تكون معدة لأن يتبع العقد مفاعيله كافة، وهذه المفاعيل وحسب؛ وينبغي عند ذلك الاستنتاج أنه لا يمكن أن يكون للحجية مفعول تزويد الفریقین تجاه الغير بحقوق غير التي يمكن أن تشترط بينهما بشكل صحيح. وتعتبر آخر ليس في وسع الحجية تزويد الفریقین المتعاقدين بحق مطلق إذا كان موضوع عقدهما مجرد حق شخصي ليس إلّا حقاً نسبياً⁽⁴⁾. والحجية، في تسلسل الأفكار عينه دائماً، لا يمكن أن يكون لها مفعول امتداد ببعض مفاعيل العقد الملزمة إلى الغير، وإنما فقط بمقدار ما يكون هذا الامتداد مسوّغاً بمراعاة مبدأ القوة الملزمة للعقد⁽⁵⁾.

(1) الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 أيار 1986، النشرة المدنية، III، رقم 83، صفحة 64، البسطة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 545، ملاحظة Mestre. - الفقرة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 شباط 1975، النشرة المدنية، III، رقم 77، صفحة 58. - النقض المدني في 28 شباط 1939 Dalloz الدوري 1940، 1، 6، تعليق Ripert.

(2) Planiol et Ripert، تأليف Esmein، Radouant et Gabolde، الجزء VII، رقم 759، صفحة 63. إضافة إلى: Terré، Simler et Lequette، المرجعيات، الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، رقم 974.

(3) لا تميز الحجية إذاً إلّا عن مظهر للقوة الملزمة للعقد؛ وربما كان ذلك السبب الذي من أجله ظهر تعبير «الحجية» كلفظاً مشتركاً. انظر J. Bertrand، L'opposabilité de contrat aux tiers، باريس II، 1979، مطبوعة على الآلة الكاتبة، رقم 1.

(4) انظر الرقم 377 اللاحق.

(5) انظر الرقم 374 اللاحق وما يليه.

وهذا التحليل يأخذ به اليوم بعض المؤلفين⁽¹⁾.

وهكذا نتيج هذه التحقيقات الأخذ بأن مدى مبدأ حجية العقد يتوقف بالتالي على طبيعة الموجبات الناشئة عن العقد بشكل صحيح وامتدادها⁽²⁾.

367 - مجال مبدأ الحجية.

يجري تفحص حجية العقد أحياناً في مظاهر ثلاثة؛ وهكذا يسترعي الانتباه أن العقد يحتج به الفريقان تجاه الغير كما يحتج به الغير تجاه الفريقين والغير تجاه الغير، ذلك بأن الحجية واقع اجتماعي ليس في-وسع أي فرد جهله⁽³⁾.

والفرضيتان الأوليان في الحقيقة تعودان إلى مجال الحجية بالمعنى الذي سبق تحديده بدقة.

وبالفعل لا ترتبط حجية العقد من قبل الغير تجاه الغير بمبدأ القوة الملزمة للعقد بمعنى أنها لا تؤثر فيه بأي شكل. فالأمر يتعلق بمجرد حجية مسماة «حجية صالحة للإثبات»؛ إن الفريقين، أو القاضي، يسعىان، في عقد ما، إلى معلومات معدة لدعم فرضيتهما أو لبيانه قناعتها⁽⁴⁾.

أما حجية العقد التي يتذرع بها الغير تجاه الفريقين فلا تبدو بداهة من الواجب ربطها بالقوة الملزمة للعقد.

وحجية العقد من قبل الغير تجاه الفريقين تثار بالفعل على وجه العموم لإثبات وجود خطأ من شأنه أن يؤدي إلى مسؤولية المتعاقدين⁽⁵⁾. وهذه الإمكانية، بدون أي علاقة، ليست مقيّدة بقاعدة قوة العقد الملزمة. إن المقصود هو مجرد التعويض عن الضرر الذي يسببه للغير عدم تنفيذ العقد؛ فسوء تنفيذ عقد مقاولة، في مجال البناء العقاري مثلاً، يتذرع به أحد المارة

(1) Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*، موسوعة Dalloz، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 565، الذين يبنوا مع ذلك أنه يجب عدم إعمال فرضية حجية العقد من قبل الغير ضد الفرقاء؛ وذلك ليس قصدنا، انظر الرقم 367 اللاحق.

(2) هذه الطريقة في تفحص المسألة تتبع استبعاد مشاكل غير صحيحة للأسلوب؛ كيف يمكن أن ينقل العقد، وهو عمل نمي، بصورة فعالة، حق الملكية، وهو حق مطلق بحسب تعريفه؟

(3) J.L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*، أطروحة من منشورات L.G.D.J.، رقم 33 وما يليه. P. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*، الخروجة في باريس II، 1981، مطبوعة على الألة الكاتبة، وهو يبنى أطروحته على هذه الفكرة المزججة بحجية العقد من قبل الفريقين تجاه الغير (القسم الأول) و «حجية العقد من قبل الغير تجاه الفريقين» (القسم الثاني). انظر أيضاً J. Ducloux, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*، أطروحة من منشورات L.G.D.J.، 1984، مقدمة D. Main. قارن بـ I. Marchessaux، المرجع عنه، الذي يفرق بين الحجية الصالحة للإثبات والحجبة الجمهورية.

(4) J.L. Goutal، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 37 ورقم 38، صفحة 38.

(5) انظر حول مجمل المسألة، الجزء G. Vinay تأليف La responsabilité: conditions, TV، رقم 209 وما يليه - J.L. Goutal، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 36.

ضحية سقوط أي عنصر من البناء. والمسألة الوحيدة التي تطرح هي مسألة معرفة ما إذا كان مجرد عدم تنفيذ العقد كافياً لاعتبار المتعاقدين مسؤولين تجاه الغير⁽¹⁾.

وستكتفي هنا ببعض الملاحظات. يبدو، في مادة البناء العقاري، أن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض أعطت جواباً سلبياً على هذه المسألة استناداً إلى المادة 1165 من القانون المدني. وهكذا حكمت في 13 كانون الأول 1989 بأن قضاة الأساس ليس بإمكانهم إدانة المقاول من الباطن من الصف الثاني بضمائم المقاول الأصلي عن الإدانات المحكوم بها عليه ذلك بأنه غير ملزم بموجب نتيجة إلّا اتجاه من تعافد معه، أي المقاول من الباطن من الصف الأول⁽²⁾. كما أن الغرفة عينها حكمت في 28 آذار 1990 بأن «موجب نتيجة تنفيذ عمل خالٍ من العيوب الملزم به المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي أساسه الوحيد العلاقات العقدية والشخصية الموجودة بينهما، ولا يمكن التذرع به من قبل صاحب العمل الأجنبي عن اتفاقية المقاولة من الباطن»⁽³⁾.

وثبتت الغرفة نفسها، بالمقابل، وفي مواد أخرى، تحليلاً مختلفاً. وبالفعل ردت، في حكم أصدرته في 5 شباط 1992⁽⁴⁾، طعناً تمسك بخطأ عقدي لم يكن يشكل بفعل الواقع أي خطأ تجاه الغير.

وفي الواقع كما بين السيد Jourdain يمكن إيجاد أحكام في الاتجاهين، ويقترح هذا المؤلف إذ ذاك التفريق حسب طبيعة الموجبات المضطلع بها من قبل الفريقين. فبعض هذه الموجبات عام لأنه «يفرض مسلماً من شأنه تجنب التسبب بالضرر للغير وليس للمتعاقدين وحسب»؛ وبعضها الآخر، على العكس، «تعاقدية أكثر من غيره بنوع خاص». فيشكل التكرار للأولى الخطأ العقدي والتقصيري. وانتهاك الثانية، بالمقابل، لا يمكن أن يشكل وحده سوى الخطأ العقدي الذي ليس في وسع الغير التمسك به لدعم دعوى المسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾. ولا يبدو هذا التفريق، مهما كان مفيداً، أن الاجتهاد قد أخذ به كما يعترف المؤلف بذلك. صحيح أن معيار التفريق المقترح ليس سهلاً المجس. ربما يقتضي إذا الرجوع إلى الخيار التقليدي: أي إثبات قبول أن المادة 1165 تحظر اعتبار التخلف عن الموجب العقدي بشكل بالضرورة الخطأ التقصيري، وإثبات قبول العكس. وعند ذلك ربما يكون من الواجب تغليب

(1) انظر حول هذه المسألة O. Viney، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 214 - J. Marchessaux، L'opposabilité du contrat aux tiers، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 29 وما يليه.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، III، رقم 236، صفحة 1129 Dalloz 1991، صفحة 25، تعليق J. Kullmann.

(3) 1991 Dalloz، صفحة 25، تعليق J. Kullmann (غير منشور في النشرة الرسمية).

(4) النشرة المدنية، III، رقم 42، صفحة 26، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 567، ملاحظة P. Jourdain.

(5) الملاحظات المذكورة سابقاً، والملاحظات في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 326 وما يليها.

المادة 1382 على المادة 1165 عندما تنص الأولى على أن «أي فعل للإنسان...» مما يستبعد أي تفریق مبني على مصدر الفعل الموجب للتعويض عن الضرر⁽¹⁾.

يبد أنه ينبغي الأخذ في الحسبان أن الغير بإمكانه التمسك بالعقد بدون السعي إلى إثبات مسؤولية أحد الفريقين، مثلاً، لإثبات خسارة مصلحة المدعي في المقاضاة أو خسارة صفته⁽²⁾. وقد قبل الاجتهاد ذلك. والحال أن للحجية، في هذا المتطوق، مفعول تأمين فعالية مبدأ قوة العقد الملزمة.

إن دفع التعويض لضحية حادث مادي من قبل مؤتمه مثلاً الذي يحل محل هذا المؤتمه في حقوقه بالنسبة إلى التعويض عن الضرر، يمكن أن يتزع عنه أي مصلحة أو صفة للمقاضاة من أجل المسؤولية ضد المسؤول عن هذا الضرر. «إن مبدأ نسبية المقود لا يشكل عقبة أمام أن يتدفع الغير بتنفيذ العقد الذي يشكل تجاهه واقعة بلا شرط»⁽³⁾.

وكذلك يقتضي رفض طلب المدعي، بداعي عدم وجود المصلحة، لأن موجباته السابقة التي كان يمكن أن تسوّغ مصلحة كهذه قد سقطت بموجب عقد. وهكذا ليس لمستأجر ملك زراعي جرى فسخ إيجاره مع عدول صريح للمؤجرين عن أي مطالبة ضده بفعل الإيجار المفسوخ مصلحة لإكراه المستعمرين الثائمين الذين تنازل لهم سابقاً عن أنواع قطع عديدة من الخشب بإعادة طرقات الملك إلى حالتها السابقة⁽⁴⁾. كما أنه ليس للمالك مصلحة في طلب طرد مستأجر ثانوي جرى إدخاله من قبل المستأجر السابق ما دام أن الإيجار الذي أبرمه مع المستأجر الجديد يشترط أن يجعل هذا الأخير استعادة الأماكن المؤجرة ثانوياً من قبل المستأجر السابق فضيئة الشخصية⁽⁵⁾. وهكذا بإمكان المستأجر الثانوي (أو من الباطن) من المستأجر السابق أن يحتج في وجه المالك بالوضع القانوني الذي أنشأه عقد ميرم بين هذا الأخير ومستأجر جديد.

والأمر على هذا النحو في حكم صدر عن الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض في 16 كانون الأول 1957⁽⁶⁾. كان إسرائيل قد تعرض، خلال الاحتلال الألماني، لاغتصاب الشقة التي كان يشغلها، قد قبل شقة أخرى في الملك وعمل مقابل ذلك عن أي مطالبة في

(1) انظر أيضاً ملاحظات A. Sériaux في Droit des obligations، منشورات PUF، 1982، رقم 57، صفحة 216، الذي يتسمك بصورة خاصة بأن «الخطأ في مساواة المراجبات أيّاً كان مصدرها هو الذي ينتج به وليس العقد ولا مفاعيله».

(2) انظر Goutal، J.L.، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 38.

(3) النقض التجاري، 11 كانون الثاني 1958، النشرة المدنية، III، رقم 23، صفحة 18. وعلى نقيض ذلك: حكم محكمة استئناف باريس، 3 أيار 1949، مجلة ليمر العدل، 1949، 2، 26. إضافة إلى النقض التجاري في 19 تشرين الأول 1954، III، رقم 308، صفحة 232.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 أيار 1960 النشرة المدنية I رقم 258، صفحة 211.

(5) النقض المدني في 17 أيار 1962، النشرة المدنية IV، رقم 452، صفحة 361.

(6) النشرة المدنية IV، رقم 1262، صفحة 902.

هذا الشأن سواء تجاه المالكة أو تجاه المستأجرة التي تشغل الأمكنة. وقد أخذت الغرفة الاجتماعية بأن المستأجرة كان بإمكانها الاحتجاج بفعالية بهذه الاتفاقية ضد دعوى إعادة السكن التي أقامها الإسرائيلي بعد ذلك ضدها. إلا أنه يجب أن يكون المدعي قد فقد أي مصلحة في المقاضاة بفعل العقد.

وهكذا نقضت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض حكماً استبعد دعوى العطل والضرر التي أقامها مالك ضد مكتب الدروس المسؤول عن القروض الناجمة عن الحالة السيئة للمعدات المستعملة. كانت محكمة الاستئناف قد استندت إلى العقد الذي يربط صاحب العمل بالمقاول والذي يضع على عاتق المقاول المسؤولية التي يمكن أن تنتج عن توريد المعدات. وحسب محكمة النقض «إن بند الصفقة... الخاصة بالمقاول في علاقاته بصاحب العمل لا يمكن أن تنشئ سبب إعفاء مكتب الدروس» الذي كان تقصيره في مهمة الخاصة محققاً منه بشكل جلي⁽¹⁾. إن صاحب العمل، في هذه القضية، ولو كان يملك بموجب العقد الذي يربطه بالمقاول مراجعة ضده، كان ما زال محتفظاً بمصلحة أكيدة في مقاضاة مكتب الدروس. وواقع وجود مدينين اثنين بموجب واحد لا يمكن أن يجيز لأحدهما الادعاء بالبرؤ منه.

وفي حكم رد بتاريخ 21 آذار 1972⁽²⁾ حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض أيضاً بأنه «إذا لم يكن للاتفاقيات، مبدئياً، مفعول إلا تجاه الفريقين، فلا ينجم عن ذلك أن القضاة لا يمكنهم البحث في الأعمال الأجنبية عن أحد الفريقين عن المعلومات التي من شأنها توفير قرائهم، أو لا يمكنهم اعتبار اشتراطات العقد منشئة وضماً واقعياً تجاه الغير».

كان بإمكان الغير إذا التمسك بعقد لم يكن قريباً فيه. غير أنه من المهم ملاحظة أن هذا الحكم لم يكن يفرض على قاضي الأساس إقامة وزن للعقد الذي يتمسك بالغير به. وقد بينت الغرفة المدنية الثالثة أن القضاة «كان بإمكانهم» ذلك، مما يستدعي أنهم لم يكونوا بالضرورة ملزمين به. وتعبير آخر لم تكن حجية العقد ملزمة بالنسبة إلى القضاة.

ويبدو أن هذا التقييد قد رفعه حكم هام صدر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض في 22 تشرين الأول 1991⁽³⁾.

كان رئيس الشركتين، في هذه القضية، قد كفل تعهداته تجاه أحد المصارف. وعقب

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 شباط 1972، النشرة المدنية، III، صفحة 69، رقم 95.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 193، صفحة 137. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 شباط 1952، النشرة المدنية، I، رقم 65، صفحة 44، وحكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 تموز 1956، النشرة المدنية، III، رقم 193، صفحة 136.

(3) مصنف الاجتماعات الدوري، 1992، الطبعة G.I، 3570، صفحة 148، وصفحة 149، ملاحظة M. Billiau، نملين J. Ghestin في J. D. 1993، صفحة 181، مجلة اجتهاد القانون الإداري، رقم 6، صفحة 112؛ النشرة المدنية، IV، رقم 302، صفحة 209.

الاستملاك كان بعض موجودات هذا المصرف (أصوله) قد جرى التفريغ عنه لمصرف آخر، بما في ذلك الدين المضمون بالكفالة. إلا أن المصرف الأول قاضي الكفيل للدفع، فتسك هذا الكفيل بأن المصرف لم تعد له الصفة للمقاضاة بسبب حوالة الدين الحاصلة. وقد ردت محكمة الاستئناف هذه البرهنة بحجة أساسية أن الكفيل لم يكن في وسعه التمسك بهذه الاتفاقية التي لم يكن فريقاً فيها ولم يرم لمصلحته. فنقضت محكمة النقض هذا الحكم ببيان «أنه بالحكم على هذا النحر، في حين أن الغير، إذا لم يكن بإمكانه أن يكون دائناً أو مديناً في عقد، بإمكانه التذرع لمصلحته، كواقعة قانونية، بالوضع الذي أنشأ العقد». وبالتالي كان بإمكان الكفيل التذرع بحوالة الدين الحاصلة خارجاً عنه الاحتجاج منتصراً في وجه الادعاء بأن بدفع للمحيل.

إن الغرفة التجارية في محكمة النقض، بالحكم على هذا النحو، بينت، في حكم مبني، طالما أن الأمر يتعلق بحكم نقض لانتهاك القانون، مدى المادة 1165 من القانون المدني وطبقت بالضرورة، بدون أن تشير إلى ذلك صراحة، مبدأ الحجية (لم يظهر التعبير في الحكم). وبغضها حكم محكمة الاستئناف، بهذه الطريقة على وجه الخصوص، حددت بأن القضاة لا يملكون سلطة رفض إقامة وزن للعقد عندما يجري التمسك به. وهكذا تصبح حجية العقد لجهة الفريقين ملزمة مما يتيح تأكيد فعاليتها.

وبالفعل، إذا لم يكن بإمكان الغير التمسك بالعقد المبرم خارج حضوره، فإن أحد الفريقين يكون له الحق في تجاهل تعهداته الخاصة، وتكون القوة الملزمة المبدأ الفارغ من معناه أو المبدأ الذي لا يمكن أن يعاقب إلا على صعيد المسؤولية، وهذا ليس موضوع المادة 1134 من القانون المدني. وبعبارة أخرى إذا كان يمكن للغير أن يتمسك بالعقد المبرم خارجه فذلك لأن أحد المبادئ التكميلية، أي مبدأ القوة الملزمة، يفرض أن يراعي الفريقان تعهداتهما في علاقاتهما الشخصية وفي علاقاتهما مع الغير. والتمسك بالعقد من قبل الغير ضد أحد الفريقين يعود إذاً لمجال مبدأ الحجية.

وينبغي كذلك بيان أن تطبيق مبدأ الحجية يفترض بالضرورة أن تكون جميع المعاملات المطلوبة قانوناً من أجل الحجية قد قام بها الفريقان⁽¹⁾.

إن مجال حجية العقد يحوي إذاً حجية العقد من قبل الغير في وجه الفريقين وحجيتهم من قبل الفريقين تجاه الغير. والنمو الذي تبع لا يتضمن مع ذلك إلا إيداء الحجية الأخيرة لثلاثة أسباب. إن الحجية من قبل الفريقين تجاه الغير هي إلى حد بعيد الفرضية الأكثر تواتراً في الممارسة. ثم الحجية من قبل الغير تجاه الفريقين، كما رأينا، تنقلص عموماً إلى مسألة مسؤولية. وأخيراً، عندما لا تكون الحالة على هذا النحو، تكون الحلول الصادرة على صعيد مبادئ الحجية من قبل الفريقين تجاه الغير مطبقة مع ما يلزم من تعديل على حجية الغير تجاه

(1) إن النزاع الذي رجع إلى محكمة النقض إذ اتسع في المجال لحكم 22 تشرين الأول 1991 لم يقم في القضية إنجاز معاملات العلية.

الفريقين بسبب الطابع الموحد للمفهوم الذي تم درسه . يظهر إذاً من المفيد تفحص أنواع النمو الخاصة .

368 - بما أن مبدأ الحجية يتوقف على طبيعة الموجبات العقدية، فإن دراسته تقود إلى التفريق في أول الأمر - ووفقاً لتصنيف تقليدي للمحقوق الذاتية - حسبما يكون موضوع العقد حقاً في دين أو حقاً عينياً .

القسم 1

العقود التي يكون موضوعها حقاً في دين (له)

369 - يجب تحديد طبيعة الحجية قبل منحصر أعمالها.

الفقرة 1 - مقياس مبدأ الحجية

370 - تكشف هذا المبدأ قصديته: تؤمن الحجية فعالية العقد التامة بين الفرقاء، وهذا يرسى معانيها.

I - تؤمن الحجية فعالية العقد التامة

371 - تنتج الحجية لتأمين فعالية العقد التامة مفاعيل متغيرة تأمر بها طيبة الموجبات التي ينشئها العقد. يقتضي التفريق إذاً بين العقود التي يكون موضوعها موجب الفعل أو عدم الفعل والعقود التي يكون موضوعها نقل الدين.

أ - العقود التي يكون موضوعها موجب الفعل أو عدم الفعل.

372 - تترجم الحجية تجاه الغير بموجب عدم الفعل⁽¹⁾ المعاقب بالمسؤولية التقصيرية⁽²⁾ التي لا يمكن مماثلتها بامتداد مفاعيل العقد الملزمة.

بيد أنه جرى التساؤل في الفقه عما إذا كان الاجتهاد، بغطاء الحجية، يجعل العقد في الحقيقة منتجاً مفاعيل ملزمة تجاه الغير⁽³⁾. فالمحاكم، باعترافها بأن الغير يرتكب الخطأ وتحمل المسؤولية التقصيرية عندما يشارك في انتهاك موجبات عقدية لم يكن فريقاً

(1) F. Bertand، الأطروحة المذكورة سابقاً، وهو يفضل الكلام على موجب عدم الانتهاك. وهذا التمسك لا يضيف في الواقع شيئاً، ويؤيد من الأفضل تبني التأثير المستعمل.

(2) J. Marchessaux، L'opposabilité du contrat aux tiers، السقالة المذكورة سابقاً، رقم 24 وما يليه.

(3) انظر Weill الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 230 وما يليه.

فيها⁽¹⁾، تعترف بالضرورة بأن الغير تنكر لموجب موجود سابقاً بفرض عليه. والحال أن هذا الموجب لا يمكن أن يكون مصدره إلا العقد وليس المبدأ العام للحجبة الذي لا يمكن أن يكون له مفعول انقطاع حق من ذمة الغير المالية أو امتياز له. والاستدلال على هذا النحو يعني القول إنه إذا تم القول أن الغير إذا انتهك هذا الموجب فلأن هذا الموجب مفروض عليه كموجب عقدي وليس كمجرد فعل⁽²⁾.

وهكذا يبدو أن Demogue قبل وجود مفاعيل ملزمة تجاه الغير يحدده بموجب سلبي. فيجب التمسك باعتبار نفسي: كان الغير على علم بالدين السابق. إنه يتصرف إذاً للإضرار بالدائن أو لقبول الإضرار به. وينبغي على القاضي إذاً الاختيار بين مراعاة حرية في هذه الظروف التي ليست ذا شأن في المصلحة أو حق الدائن غير المنازع فيه في الحصول على تحصيل حقه. هذا هو الاعتبار ذو الطبيعة التشريعية الذي يدفع هنا إلى إعطاء مفعول سلبي للموجب تجاه الغير⁽³⁾.

ويأخذ المؤلف مثاباً تحليله «بأن العقد» في الحقيقة، عن طريق تحديد للمبدأ الفردي للمادة 1165، كما هو مفهوم في الغالب، يجبر المتعاقد على العمل والغير الذي يعلم بالموجب على عدم إعاقة تنفيذه. كما أن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً للمشارك وللغير، كما ينشئ العقد موجبات على المتعاقد والغير. ويصبح الغير الذي هو على علم بالمقد منضماً إلى هذا العقد عندما يساعد على التنكر له⁽⁴⁾. إن هذا التحليل منطقي في الظاهر: ما دام أنه يجعل من الغير الأصلي فريقياً في العقد يغدو من الممكن الادعاء أن بعض مفاعيل العقد تصبح ملزمة بالنسبة إليه. غير أن له عيباً موجياً للبطالان: إنه يركز على قرينة إرادة لا شيء يبررها. وبالفعل لا يمكن استنتاج إرادة الغير في الانضمام إلى العقد من مجرد علمه به. والحال أن المبدأ يبقى بمعنى أنه لكي يكون الشخص فريقياً في العقد يجب أن يكون قد شاء هذا، يضاف إلى ذلك أن مجرد واجب مراعاة الوضع العقدي الذي يربط الغير لا يعني أن الغير ملزم استناداً إلى العقد. فالحجة مثلاً، في شأن بند عدم المناقصة، تمنع الغير اللجوء إلى خدمات المدين ولكنها لا تمنعه مزاولة نشاطه المبين في البند. وهذا البند لا يمكن إذاً أن

(1) انظر على سبيل المثال التقاضي المدني في 27 أيار 1908، Dalloz الدوري 1908، 1، 459 Sirey 1910، 1، 118 - غرفة المرافض في محكمة النقض، 3 آب 1934، Dalloz الأسبوعي 1934 صفحة 489 - مجلة قصر العدل 1934، 2، 640 - غرفة المرافض، 2 حزيران 1930، Dalloz 1930، صفحة 1377 Sirey 1931، 1، 1350 - مجلة قصر العدل، 1930، 2، 119 - محكمة Aix، 10 آذار 1938، Dalloz الأسبوعي 1938، صفحة 379، انظر الأحكام المستشهد بها في الرقم 388 اللاحق.

(2) انظر: R. Savatier, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats، المجلة التفصيلية للقانون المدني، 1934، صفحة 543، رقم 28، ويالنسبة إليه ليس صحيحاً القول إن الموجب لا يفرض واجبات إلا على المدين، أنه يفرض واجبات على الغير أيضاً.

(3) Obligations، الجزء VII، 1933، رقم 1175، صفحة 588 في بدايتها.

(4) المرجع عينه، رقم 1176، صفحة 800 في بدايتها.

يتج أي مفعول ملزم في ذمة الغير المالية. وباعتبار آخر لا يفدوا مديناً فيها.
إلا أن هذا الرأي لم يعد مقبولاً في الفقه السائد الذي في عرفة ليست مسؤولية الغير في التكرر للعقد استثناء لمبدأ المفعول النسبي للعقد.

وقد طرح العميد Weill، بعد أن بين أن اجتهاد محكمة النقض يأخذ بمسؤولية الغير التقصيرية تجاه المتعاقدين عندما يتكرر لعقد مع علمه به⁽¹⁾، مسألة معرفة ما إذا كان الأمر متعلقاً بقبول مبدأ المفعول النسبي للعقد أم لا⁽²⁾.

وقد أعطى جواباً سلبياً على ذلك بالأخذ بأن مفاعيل العقد لا تربط الغير: «لا يلاحق الغير الذي اشترك في انتهاك العقد استناداً إلى دعوى مصدرها العقد». «يلحق الدائن الغير بسبب الخطأ الذي ارتكبه بدفع المدين إلى عدم التنفيذ أو بمساعدته غشياً على عدم التنفيذ وحسب؛ وهذا الخطأ هو الذي يشكل الرباط القانوني بين الغير والدائن»⁽³⁾. ويضيف المؤلف إن حق الدائن تطور ولم يعد من الممكن فهمه كرباط شخصي وحسب بين الدائن والمدين⁽⁴⁾، واستنتج من ذلك إن حق الدائن من الواجب حمايته كالحق العيني طالما أنه يفصل عن شخص المتعاقدين. ويفترض هذا التحليل الأخير الاعتراف للحق الشخصي بطابع مطلق أو على الأقل بطابع قريب من الحق العيني، وليس ذلك مقبولاً من الجميع، وهو في أي حل، موضوع خلافات شديدة⁽⁵⁾. ومن غير المفيد في الحقيقة البحث خلف تطور مرسوم للحق الشخصي عن توسيع للقانون الوضعي. لا يكفي التحقق من أن الحجية ضرورية لفعالية قوة العقد الملزمة. وهذا الاعتبار وحده يتيح تبرير عدم إمكانية الغير في التكرر لوجود عقد مكون شرعاً.

وقد توصل مؤلفون آخرون، انطلاقاً من تحاليل متميزة، إلى الخلاصة عينها، ففي عرف السيدين Malaurie و Aynès أن الغير، وهو غير مرتبط بالعقد إلا أنه مفروض عليه، يكون مخفطاً في ادعاء نفيه⁽⁶⁾. وهذا التحليل يماطرهما فيه M. Aubert⁽⁷⁾ و J. Duclos⁽⁸⁾ و Larroumet⁽⁹⁾.

(1) انظر حول مجمل المسألة، الجزء IV، La responsabilité: conditions، تأليف G. Viney رقم 202 وما يليه، والمؤلفين المستشهد بهم وكذلك الاجتهاد. بالإضافة إلى S. Ginosar، Liberté contractuelle et respect des droits des tiers، émergence du délit civil de fraude، 1983.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 236، صفحة 412.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 414 في نهايتها، وصفة 415 في بدايتها.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 238، صفحة 416 وما يليها.

(5) انظر التدخل العام، رقم 217 وما يليه.

(6) Obligations، رقم 655.

(7) Les obligations، المجلد 1، رقم 434. وكذلك Terré, Simler et Lequette، المرجع عنه، رقم 469.

(8) الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 173، صفحة 200، «لا يمتد المفعول الملائم للانفاذية إلى الغير الذي يتحمل فقط مفعولها غير المباشر. ولذلك يتحمل الغير غير الشريف مسؤولية تقصيرية وليس مسؤولية عقدية».

(9) الجزء III، Les obligations، القسم الأول، رقم 746.

وأحد البراهين الذي يبرز في الثالب جهاراً أو بين السطور، لدعم هذا الرأي، هو أن مسؤولية الغير ذات طبيعة تقصيرية لا عقوبة⁽¹⁾.

وقد جرى تقديم تحاليل أخرى لتسويغ موقف الاجتهاد إلا أنها رُفِضت بصواب ولا سيما من قبل Stareck⁽²⁾. وهكذا تُستبعد على التوالي التفسيرات المستخرجة من التعمق في استعمال الحق⁽³⁾، لأن الغير ليس في نيته بالضرورة الإضرار بأحد المتعاقدين، والنكسر للواجب العام بعدم الإضرار بالغير⁽⁴⁾، ذلك بأن ثمة حالات لا يكون فيها الإضرار بالغير عن قصد خاطئاً، أو كذلك عدم مراعاة القاعدة الخلقية⁽⁵⁾ لأن هذه القاعدة ينقصها هنا التحديد الدقيق.

373 - ترجم الحجة أيضاً بالرفض الشروع لأحد فريقى العقد بأن يلتزم تجاه الغير.

لا شك في أن من يكون مرتبطاً ببند عدم المنافسة بإمكانه أن يرفض شرعاً اقتراحات الاستخدام التي يقدمها الغير. وأكثر من ذلك عليه أن يرفض تحت طائلة المسؤولية العقدية.

وقد طرحت المسألة في فرضيات أخرى لمعرفة ما إذا كان العقد يمكن أن يتوقع رفض البيع. على سبيل المثال يلتزم أحد المنتجين بأن يرزّد حصرياً لبعض البائعين بعد الشراء. فهل بإمكانه احتجاجاً بالعقد، أن يرفض أن يرزّد للغير المنتجات المقصودة ببند الحصريّة؟

أعطى الاجتهاد جواباً تأكيدياً على ذلك، استناداً إلى الأمر الاشتراقي بتاريخ 30 حزيران 1945 مع إقران رفض البيع بشروط.

وهكذا حكمت الغرفة الجنائية في محكمة النقض، في 11 تموز 1962 (Brandt) بأن «عقد الامتياز الحصري الذي يمتنّض يحدد المتعاقدان نفسيهما تبادلياً حريتهما التجارية، إذا ثبت أن موضوعه، حتى مفعوله، ولو كان غير مباشر، تحديد ثمن بيع المنتج، وإنما ينزع على العكس بشكل أساسي إلى تأمين تحسين للخدمة المقدمة للمستهلك، يمكن أن يكون مفعوله جعل السلعة التي يحتجزها البائع لا غنى عنها قانوناً للغير»⁽⁶⁾ إنه حل معائل جرى

(1) انظر الرقم 386 اللاحق.

(2) Variations sur un thème classique - Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui مصنف الاجتهادات الدوري، 1954، 1180، رقم 40 وما يليه؛ انظر أيضاً G. Viney، المرجع عنه، رقم 202.

(3) معيار منسوب إلى P. Bascia في P. Planiol et Ripert، الجزء VI، رقم 590.

(4) معيار منسوب إلى Savatier في La responsabilité، الجزء I، رقم 135 وما يليه.

(5) معيار منسوب إلى Ripert في... La règle morale، رقم 170.

(6) Dalloz، صفحة 497، تقرير Sirey، Costa، 1962، صفحة 219، تعليق J. Robert. وبالمعنى عينه النقض الجنائي في 27 تشرين الأول 1964، Dalloz، 1964، صفحة 753، تعليق J.-L.C. مصنف الاجتهادات الدوري، 1965، النشرة الجنائية، رقم 117، صفحة 292؛ Dalloz، 1973، صفحة 877، تعليق T. Ivainier، مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، II، 17222، تعليق P.L.

اعتماده في شأن شبكات توزيع انتقائية⁽¹⁾.

ويؤرخ اليوم رفض البيع الوارد في المادة 36 من الأمر الاشتراعي رقم 86 - 1243 في أول كانون الأول 1986⁽²⁾ بتطبيق مادته رقم 10 - 2⁽³⁾، شرط مراعاة القواعد الأوروبية للمنافسة أيضاً.

وتفقد حجية العقد تجاه الغير أخيراً، طالما أن صحة العقد تم إثباتها، إلى إضفاء الشرعية على رفض البيع، أي رفض التعاقد. وتتيح حجية العقد إذاً للعقد أن ينتج مفاعيله جميعاً.

ب - العقود التي يكون موضوعها نقل الدين (له).

374 - ترجم حجية العقد بامتداد مفاعيله الملزمة تجاه بعض الغير.

ليس الدين (له) قيمة في الذمة المالية وحسب، أنه أيضاً رباط قانوني وعند التصرف بالدين لا يؤدي ذلك فقط إلى نقل قيمة وإنما أيضاً إلى نقل وضع عقدي فاعل⁽⁴⁾.

وتمثل حجية العقود التي يكون موضوعها نقل دين (له) بالضرورة نوعاً من الذاتية يقيم القانون الوضعي وزناً لها بقبول إنتاجها مفاعيل تجاه بعض الغير.

وهذا ما تبينه دراسة بعض مظاهر حوالة الحق والحلول.

(1) النقص الجنائي، 3 تشرين الثاني، 1982، النشرة الجنائية، رقم 238، صفحة 1650 Dalloz 1983، العنفة 112 من التقرير، ملاحظة Lucas De Leyssac و C. Gavalda، مجلة قصر العدل، 1982، تعليق J.-P. Marchi. وكذلك النقص التجاري، 22 تشرين الأول 1991، مجلة اجتهد القانون الإداري، 1992، رقم 144، صفحة 107، بيان أن إثبات شرعية رفض البيع يقع على عاتق الصانع.

(2) انظر: G. Virassamy، Le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels (art. 36 de l'ordonnance du 10 décembre 1986) Dalloz، D'ordonnance du 10 décembre 1986، المرض، XVII، صفحة 113 وما يليها، ولا سيما رقم 16 وما يليه.

(3) حسب هذا النص: «لا تخضع لأحكام المادتين 7 و 8 الممارسات...»² التي بإمكان فاعليها أن يؤخروا أن مفاعيلها أن تؤمن تقدماً اقتصادياً وأن تحفظ للمستعملين قسماً متصفاً من الربح الناتج عنها، بدون إعطاء المورسات صاحبة العلاقة إمكانية استبعاد المنافسة لقسم أساسي من المنتجات المعنية. ويجب أن لا تفرض هذه الممارسات تقييدات للمنافسة إلا بقدر ما تكون لا غنى عنها للوصول إلى هدف التقدم.

(4) J. Carbonnier، Obligations، الطبعة 17، الفقرة 315، الذي يلاحظ أن الدين ليس ديناً أيّاً كان: إنه علاقة قانونية شخصية يقتضي فيها، فرضياً، إجراء استبدال من هو أهل للدين. وقد بسط (استشهد به Von Toher، J. Carbonnier، المرجع عبه، الفقرة 320) مفهوم آخر لحوالة الحق بأن هذه الحوالة موضوعها الدين ذاته وليس مجمل علاقة المورج. انظر L. Aynès، La cession de contrat et les opérations juridiques à trois titres، 1954، Economica، منشورات Ph. Malaurie، رقم 21 وما يليه، صفحة 32 وما يليها، الفروق بين نموذجين من الحوالة، أولاً حوالة حق بصفها حوالة حق - دفع لا نقل سوى دخل الدين وثانياً حوالة حق تعطي التنازل له الوضع العقدي للتنازل، ويكون في الحقيقة، لهذا السبب، تنازلاً عن العقد.

375 - حوالة الحق.

تفرد الحجة في ما يختص بحوالة الحق بالضرورة في مكان المدين المحال عليه إلى امتداد مفاعيل عقد التنازل الملزمة. وما أن نقل الدين يؤدي إلى تغيير شخص الدائن فإن المدين المحال عليه، وهو الغير فيه، يجد مفاعيل العقد مفروضة عليه مباشرة. ويصبح الغير ملزماً تجاه المحال - وليس فريقاً في العقد⁽¹⁾، بدون أن يكون قد أراد ذلك؛ إن عليه إذاً تنفيذ التقديم الموعود به لدائته الأولى بين يدي المتنازل له.

كما أن المتنازل له يصبح ملزماً بعقد بمقتضاء يتلقى دفْعاً؛ وهكذا بإمكان المدين المحال عليه التمسك بجميع الدفوع المرتبطة بالموجب، كالدفْع بالبطلان⁽²⁾. وإمكان المدين المحال عليه أيضاً مواجهة المتنازل له بالدفوع الناشئة بعد التنازل ومنها الدفْع بعدم التنفيذ أو القسح⁽³⁾. وذلك يعني بيان أن حجة الدفوع تفسر بقوة العقد الملزمة المولدة الدين المتنازل عنه⁽⁴⁾. وهكذا يبين من جديد الرباط الموجود بين حجة العقد وقوته الملزمة.

376 - الحلول.

يؤدي الحلول الذي يوافق عليه الغير للدائن الذي يتلقى الدفْع إلى نقل الدين لمصلحة الحال (أي من حل محله)⁽⁵⁾. وهذا المفعول الناقل مشترك بين جميع أنماط تحقيق الحلول الصادر عن الدائن أو القانوني⁽⁶⁾ والذي يوافق عليه الدائن. وقد ذكّرت الفقرة التجارية في

(1) إلا أن يلزم شخصياً تجاه المتنازل له فلا يستطيع في هذه الحالة الاحتجاج في وجه المتنازل له بالدفوع الملزمة للدين.

(2) انظر غرة الفرائض في محكمة النقض، 29 حزيران 1881 Dalloz الدوري 82، 1، 133 بويات الكتابة العدل، 1881 البند 22613، صفحة 719، الحكم بعسوة واضحة بأن «المبدأ في القانون أن لا أحد يستطيع التنازل للغير أكثر من الحقوق التي يملكها هو» وأن المتنازل له، في التنازل عن الحقوق غير المادية، المرتفعين يقتضي التنازل جميع المنافع الملازمة للدين المتنازل عنه، له الحق أيضاً في الدفوعات التي يمكن أن يحتج بها المدين تجاه المحال عليه، ومن غير المهم أن يكون التنازل قد أبلغ للدين إذا لم يكن المدين يقبله التنازل قد جعل نفسه مديناً شخصياً للمتنازل له، وليس للتبليغ الوارد في المادة 690، مفعول سوى إعلام المتنازل له تجاه الدين المحال عليه، كما تجاه الآخرين جميعاً، بالحقوق التي كانت للمتنازل وحدها؛ وإذا كان حمن نية التنازل له يجب أن تومن له مراجعة ضد المتنازل فإنه لا يمكن أن يجبر المدين تجاهه بأكثر مما كان مجبراً عليه تجاه المتنازل. انظر أيضاً غرة الفرائض. انظر أيضاً في محكمة النقض، 6 تشرين الثاني 1889 Siccy 91، 1، 407 (باستثناء الخدام).

(3) انظر بهذا المعنى Ph. Maravrie et L. Aynès، Obligations، الطبعة الرابعة، 1983، رقم 1229، صفحة 713 وصفحة 714 - Marty، Raynaud et Jozas، Les obligations، الجزء II، النظام، الطبعة الثانية، رقم 358. ولم يرد ذكر أي اجتihad لدعم هذا الرأي السرخ مع ذلك بالقول المأثور: لا يمكن أن يعطي أحد أكثر مما يملك. انظر الحكم المعني، التعليق السابق.

(4) Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عنه - L. Aynès، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 31، صفحة 39.

(5) J. Mestre، La subrogation personnelle، أطروحة منشورة في L.G. D.J.، 1979، مقدمة P. Kaiser، رقم 305 وما يليه.

(6) J. Mestre، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 313، صفحة 347 وصفحة 368.

محكمة النقض، في 3 نيسان 1990⁽¹⁾، بأن الدائن الذي يتلقى الدفع من شخص ثالث 'ينقل إلى هذا الشخص حقوق الدائن تجاه المدين وأهمه'.

وتنتج، كما في حوالة المستقل، خلافة في علاقة الموجب بتزجيمها قاعدة حجية الدفع⁽²⁾، مما يبين أن الحجية تقود إلى امتداد المفاعيل الملزمة لعلاقة الموجب الأولى، وذلك بنتيجة الحلول. والأمر يتعلق هنا أيضاً بالحمل على مراعاة القوة الملزمة للعقد الأولى.

II - لا تؤمن للحجية إلا فعالية العقد التامة

377 - المقصود بذلك أن الحجية لا يمكن أن يكون لها مفعول تزويد الفريقين تجاه الغير بأكثر من الحقوق التي يمكن أن يتجها العقد بينهما.

كانت المسألة بشكل ملموس معرفة ما إذا كان العقد الذي يكون موضوعه حقاً شخصياً، نسبياً بحسب تعريفه، يمكن أن يزود الفريقين بحق مطلق تجاه الغير. إن جواباً سلبياً يفرض نفسه. ومع ذلك كانت هذه المسألة موضع جدال عندما طرحت في مجال التوزيع المصري أو الاتقاني.

وهكذا جرى التساؤل عما إذا كان بإمكان الفريقين في عقد توزيع إن يمنعا الغير، على أساس العقد، تجرير المنتجات موضوع شبكة التوزيع ما دام الغير على علم بها حتى ولو لم يكن المدين العقدي مشتركاً في التكرار للشبكة. وبعبارة أخرى في غياب مشاركة ثالثة.

كان قضاء الأساس، في زمن أول⁽³⁾، ثم محكمة النقض، قد أجابوا بتأكيد ذلك بنقل الحلول المتبناة في مجال المشاركة الثالثة بلا قيد أو شرط، وهكذا حكمت محكمة النقض

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 116، صفحة 177 Dalloz، 1990، الصفحة 105 من التقرير؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 861، رقم 9، ملاحظة J. Mestre.

(2) انظر: J. Mestre، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 406 وما يليه، صفحة 471 وما يليها.

(3) انظر حكم محكمة Douai، الغرفة الثانية، 26 كانون الثاني 1961، مجلة قصر العدل، 1961، 2، 145 (عقد حصري). - باريس، لغرفة الرابعة، 22 حزيران 1960، مصنف الاجتهاد الدوري، 196، II، 11857، تعليق A. Chavanne. - حكم محكمة بورجو، الغرفة الثانية، 10 كانون الأول 1958، مصنف الاجتهادات الدوري، 1959، II، 10933 (عقد حصري). انظر مع ذلك حكم محكمة Aix، 10 آذار 1937، مصنف الاجتهادات الدوري، 1937، 253، تعليق J.L.، تسوية القرار بالحكم بأن البائع بعد الشراء، باكتساب المنتج، انضم إلى العقد الذي لم يكن قريباً فيه في الأساس. - محكمة التجارة في فرساي، 14 حزيران 1939، مجلة قصر العدل، 1939، 2، صفحة 360 (بند الثمن المفروض). إن المحاكم تسوّج بالإجمال أحكامها بالتفرين حسب طبيعة المنتج؛ إذا كان المنتج من الضرورة الأولى فإن بنود الحصرية أو الثمن المفروض التي تشمل تعليقاً للمنافسة الحرة كانت تعلن عدم شرعيتها؛ وبالمقابل، إذا تعلق الأمر بتجارة منتجات أخرى، كمالية على العموم، فإن البنود كانت تعلن صحيحة و'محتج' بها بوجه الحزمين الذين هم على علم بها.

في عام 1978⁽¹⁾ بأن تتجبر الأموال مع التنكر لعقد توزيع حصري مع العلم بذلك يجعل الموزع غير المعتد مسؤولاً تقصيراً بسبب المنافسة غير الشريفة.

يبد أن حكومي 16 شباط و 12 تموز 1983 الصادرين عن الغرفة التجارية في محكمة النقض تخلياً عن هذا المذهب⁽²⁾. فقد ردت محكمة النقض في الحكم الأول الطعن بحجة «أن محكمة الاستئناف أخذت عن وجه حق بأن الواقعة المتذرع بها باستيراد آلات ومعدات من Mitsubishi من أجل بيعها في فرنسا رغباً عن حقوق الحصرية لشركة Universal مع العلم بذلك لا يشكل بعد ذاته، في غياب عناصر أخرى، عمل منافسة غير شريفة». كان ذلك تأكيد أن مجرد العلم بالعقد لا يمكن أن يفرض على الغير الذي يوزع المنتجات ذاتها موجب امتناع، وذلك نتيجة العقد الذي بقي أجنبياً عنه.

كما جرى الأخذ بحل مماثل يتعلق بالتوزيع الانتقائي (الذي لا يتضمن أي حصرية لصالح الموزعين المعتمدين)⁽³⁾.

وحكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حكم صدر في 10 كانون الثاني 1989⁽⁴⁾، بأن محكمة استئناف بو «أخذت بحق بأن تتجبر منتجات تعود لشبكة توزيع انتقائي لشركة Nina Ricci لأي شكل بعد ذاته، في غياب عناصر أخرى، عملاً خاطئاً يجعل الموزع غير الانتقائي مسؤولاً. وكان الطعن قد تمسك صراحة بأن شبكة التوزيع الانتقائي كانت شرعية، ومفعول ذلك جعل السلعة غير قابلة قانوناً للتصرف بها تجاه الغير وتسويغ ارتكاب الموزعين غير المعتمدين الخطأ المناقض لعادات التجارة ببيع هذه السلعة بدون الحصول على الموافقة التي كانوا يعرفون ضرورتها وشرعيتها. وقد قذرت الغرفة التجارية برد سبب التسويغ هذا بالحجة المذكورة سابقاً، أن المعرفة كانت ظرفاً لا يُكتسب له، فالتقت

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 شباط 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 73، صفحة 69 المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1979، صفحة 312، ملاحظة Dalloz، J. Hamard، 1978، صفحة 423 من التقرير - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 آذار 1985، النشرة المدنية، III، رقم 199، صفحة 170.

(2) Dalloz، 1984، صفحة 489، تعليق D. Ferrier، النشرة المدنية IV، رقم 69، صفحة 59 (الحكم الأول)؛ النشرة المدنية، IV، رقم 207، صفحة 188 (حكمان).

(3) عقد التوزيع الانتقائي، في عرف الغرفة الجنائية في محكمة النقض، وهو العقد الذي يلتزم المورد فيه، من جهة أولى، بأن يمّون، في قطاع محدد، تاجراً أو أكثر يختارهم تبعاً لمعايير موضوعية ذات طابع وصفي، بدون تمييز بدون تحديد كمي غير متوفين، ويجاز للموزع بمقتضاها بيع منتجات أخرى متنافسة، الغرفة الجنائية، في تشرين الثاني 1982، النشرة الجنائية، رقم 238، مجلة لمرعدل، 1982، 2، 668، تعليق Dalloz، Marni، صفحة 211 من التقرير، ملاحظة Gevalds et Lucas De Loyenne. وفي الاتهام عيت، محكمة استئناف باريس، 25 تشرين 1991، Dalloz، 1992، صفحة 4 من التقرير. انظر P. Jourdain Les réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseau (à propos des affaires Dalloz، cloche-parfumerie، العرض IX، صفحة 43 وما يليها.

(4) النشرة المدنية IV، رقم 18، صفحة 11، Dalloz، 1989، صفحة 337، ملاحظة Ph. M.

هكذا بالحل الصادر في مجال الامتياز الحصري. وأكدت أيضاً أن قانونية الشبكة نجاه حق المنافسة كان ظرفاً لا يكثر له بالفروقة⁽¹⁾.

إن هذا التحديد الأخير مهم. ويبدو من الصعب التوفيق بينه وبين أحكام أخرى بنيت، لرد طلب التعويض، فقط على غياب الطابع الشرعي لشبكة التوزيع الانتقائي⁽²⁾، مما يتبرع إلى القول إن التنكر لشبكة التوزيع الانتقائي القانونية مع العلم بالأمر قابل وحده لا اعتبار الغير المخالف مسؤولاً.

إن تحليلاً كهذا لا يفرض نفسه ذلك بأنه من الممكن التوفيق بين هاتين المجموعتين من الأحكام، كما بين ذلك السيد Jourdain⁽³⁾. ومسؤولية الغير غير المعتمد من قبل الصانع لا يمكن الأخذ بها إلا أن تكون قانونية الشبكة، أولاً ومسبقاً، قد تمت البرهنة عليها، وثانياً، أن يكون الموزع ارتكب الخطأ الذي لا يمكن أن يكون قد تكوّن من مجرد التجبر مع علمه بالشبكة. فالمسألة كلها إذا هي معرفة ما ستكون عليه تصرفات الغير القابلة لأن تتصف بالخطأ والتي يبدو أنها تكوّنت، حسب صيغة محكمة النقض، من اكتساب غير نظامي للمنتجات من قبل الموزع الذي لم يتم انتقاؤه⁽⁴⁾.

وقد انتقد السيد Bénabent هذا الاجتهاد بشدة لثلاثة أسباب⁽⁵⁾: من غير المنطقي أولاً الاعتراف بقانونية شبكة إذا كان بإمكان الغير الاعتداء عليها بحرية. ثم إن اجتهاد الغرفة التجارية من نتيجته تفكك التوزيع الانتقائي ويستعيد المؤلف أخيراً، على صعيد قانوني، تحليل حجية العقد نجاه الغير فيقول: «إذا كانت شبكة التوزيع قانونية فليس من الملائم

(1) انظر في الانجاء منه الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1988، Dalloz، 1989، صفحة 427، تعليق Bénabent، 1990، D.، صفحة 104 من الموجز، ملاحظة C. Gavalda et Lucas De Leysac، مجلة قصر العدل، 1989، 1، 419، تعليق J. J. Burst - الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 341، صفحة 229 - الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 305، صفحة 211.

(2) انظر على وجه الخصوص الغرفة التجارية في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1989، 21 آذار 1989 (النشرة المدنية، IV، رقم 98، صفحة 95)، 10 أيار 1989، Dalloz، 1989، صفحة 427، تعليق A. Bénabent. - انظر: C. Gavalda et Lucas De Leysac، 1990، Dalloz، صفحة 104 من الموجز.

(3) العرض المذكور سابقاً، رقم 21 وما يليه.

(4) انظر: P. Jourdain، العرض المذكور سابقاً، رقم 26 وما يليه. انظر حول هذه المسألة، G. Bonet، Distribution sélective des parfums: les arrêtés sur renvoi après cassation (cours d'appel de Dijon، 19 septembre 1989 et 11 septembre 1989 et de Lyon، 25 juin 1990)، Dalloz، 1991، العرض III، صفحة 9 وما يليها، ولا سيما صفحة 14 و صفحة 15. اهتد إلى ذلك: D. Ferrier، ملاحظة على المرحز، Dalloz، 1990، صفحة 371 وما يليها، وكذلك G. Canivet et L. Vogel، La distribution sélective des parfums، Dalloz، 1991، العرض LIII، صفحة 283 وما يليها.

(5) التعليق المذكور آنفاً، صفحة 430 و صفحة 431.

احترامها تجاه أعضائها وحسب، وإنما كذلك تجاه جميع التجار الخارجيين عنها. والشبكة، انطلاقاً من الآونة التي تكون فيها قانونية، تشكل نمط تنظيم يعتمده بعض الصناع والموزعون. واحترام المعاداة الشريفة في التجارة يفرض أن لا يعتدي الغير عمداً على هذا النمط من تنظيم المؤسسات.

إن هذه البرهنة تعرض نفسها للانتقاد لكونها ترجع إلى المعاداة. وبالفعل تستدعي أن يكون بإمكان الفريقين خلق عادة مناقضة للقانون الذي، والحالة هذه، يناهز بحرية التجارة والصناعة - قانون 2 - 17 آذار 1791 المسمى مرسوم ALLARDE - . والحال أن الاجتهاد يبدي عدائية للمعرف المخالف للقانون⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أن حرية المفاوضة اعتبرها المجلس الدستوري معياراً له قيمة دستورية⁽²⁾. حتى ولو لم تكن عامة ولا مطلقة فإن المشرع وحده تعود له سلطة وضع «تحددات تفرضها المصلحة العامة شرط أن لا تكون نتيجتها تشويه ملاءمة»⁽³⁾. إن اجتهاد محكمة النقض إذاً، بالنسبة إلى تراتبية المعايير، مَرَّج تماماً.

وينبغي، لتقدير مدى هذا الاجتهاد، التفريق بين وضعين. إن التكرار للعقد من قبل الغير الموزع يمكن بالفعل أن يرتوي شكلين: إما أن يتعاقد الغير الموزع مع أحد الفريقين المرتبط بعقد توزيع حصري أو انتقائي؛ وبتعبير آخر، على سبيل استعادة صيغة محكمة النقض، يساعد الغير على التكرار لتعهداته الخاصة⁽⁴⁾؛ وإما أن لا يتدخل مباشرة في تنفيذ العقد الذي هو ليس قريباً فيه؛ يوزع، مثلاً، منتجات في حين أنه ليس معتمداً وإنما لا يتزود من موزع معتمد، فيتزود من سوق موازية.

ألا يسوّغ هذا القارق في الوضع فارقاً في النظام؟

إن حكمي 16 شباط و 12 تموز 1983 هما، بصواب، في اتجاه جواب تأكيدتي لأن الأمر يتعلق بالاستعدادات الموازية وحسب⁽⁵⁾.

ويبدو أن الأحكام جميعاً الصادرة في مادة التوزيع الانتقائي مرتبطة بالفرضية الثانية، حتى ولو كانت الوقائع التي يبتها الفرقة التجارية في محكمة النقض موجزة. وبالفعل تتمسك الأحكام فقط بتجسير المنتجات من قبل الغير غير المعتمد، بدون إثارة المشاركة الثالثة.

ومن متابعة التحليل يلاحظ أيضاً أن محكمة النقض حددت، غير مرة أن تنجيز منتج مع

(1) انظر الدخول العام، رقم 505.

(2) المجلس الدستوري، 27 تموز 1982، المجموعة، صفحة 48 - 16 كانون الثاني 1986، المجموعة، صفحة 9.

(3) المجلس الدستوري، 4 تموز 1989، Dalloz 1990، صفحة 209، تعليق Fr. Luchaire.

(4) يحدد Ojomsz، في دراسة بعنوان *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers*، هذا الوضع كما يلي: «جرمة الخناق ترتكز على واقع التسيب، من وهي أو بنية الإضرار، استناداً إلى الشرط يحصل عليه من شخص ملزم». في تخلف هذا الشخص عن موجه تجاه الغير (رقم 32، صفحة 79)، أحرف متحية في النص.

(5) الحكمان المذكوران سابقاً.

التكر لشبكة التوزيع الانتقائية يمكن أن يشكل عمل منافسة غير شريفة إذا أثبت المدعي عدم نظامية اكتساب المنتجات⁽¹⁾. والحال أنه يبدو أن الاكتساب غير النظامي لا يكن حليماً أن يكون قد تم إلا بالاكتساب مع العلم بالواقع لدى موزع جرى انتقاؤه.

وبتعبير آخر ساهم الغير الذي تزود بالتوريد من موزع جرى انتقاؤه مع علمه بذلك في تنكر هذا الموزع للموجبات العقدية. فتقع عند ذلك في الحالة الأولى من الصورة المبينة صراحة في الحكم الصادر في 21 آذار 1989⁽²⁾.

كانت شركة العطور Cacharel قد أقامت دعوى على موزع غير معتمد لأنه طلب إلى موزعين معتمدين التنازل له، انتهاكاً للعقد، عن توريد منتجات موضوع تنجير من قبل شبكة توزيع انتقائي. وعلى أساس مبدأ مسؤولية الغير حكمت محكمة النقض بأن الوسيط غير المعتمد في شبكة توزيع انتقائي ارتكب خطأ محاولة الحصول من موزع معتمد، انتهاكاً للعقد الذي يربطه بالشبكة، على بيع منتجات متجرة حسب هذا النمط من التوزيع⁽³⁾. فالتنجير عمل منافسة غير شريفة لأن اكتساب المنتج الأولي غير قانوني.

وهذا الاجتهاد، حسب هذا التحليل، لا يتعلق بحالة المشاركة الثالثة.

يفتضي إذاً الذهاب إلى أبعد من ذلك في التحليل لفهم أساس هذا الاجتهاد. ويلاحظ بالفعل أن المحاكم أخذت بناتية الوضع الناشئ عن تنكر الغير لوضع عقدي بدون أن يكون المدين بهذا الموجب متورطاً في هذا التكر. فكان عليها حل مسألة معرفة ما إذا كان هذا التكر وحده يشكل عمل منافسة غير شريفة، مما يعني، في حالة التأكيد، إعطاء الفريقين حقاً حاصراً ومطلقاً. وقد أجابت محكمة النقض، في زمن أول، عن طريق المحاكمة مع فرضية المشاركة الثالثة، بتأكيد ذلك. بيد أن حلاً كهذا يقود بالضرورة إلى إفراغ مبدأ المفعول النسبي للعقد من أي معنى، ويعتج، فضلاً عن ذلك، أي منافسة ما دام الفريقان في العقد بإمكانهما التمسك بحق مطلق.

ويبقى التطور الحالي لاجتهاد الغرفة التجارية في محكمة النقض في مادة التوزيع الانتقائي، في مبدئية، في هذا الخط. وهكذا حكمت، في 27 تشرين الأول 1992 بأن «الحكم (المطعون فيه) أعلن عن وجه حق أن شراء السلع، إذا كان تنجير المنتجات العالمة

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 أيار 1989، Dalloz 1989، صفحة 428، تعليق A. Bénabent. حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 آذار، 1989، النشرة المبلية، IV، رقم 97، صفحة 64. حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1988، النشرة المبلية، IV، رقم 344، صفحة 231.

(2) النشرة المبلية، IV، رقم 98، صفحة 165 Dalloz > 1989، صفحة 428، تعليق A. Bénabent.

(3) لم يتم نقض حكم الاستئناف على أساس مبدأ المسؤولية، وإنما لأن قضاء الأساس لم يشتر قانونية شبكة التوزيع الانتقائي التي تمسكت بها شركة Cacharel. إن مدى النقض لا يبعد النظر في المبدأ المعمور عنه لأنه من الأكيد أنه لا يمكن أن يكون ثمة خطأ في التكر لعقد غير قانوني، انظر حول هذا المبدأ Olinossar، Liberté contractuelle، المرجع فيه، رقم 34، صفحة 81.

لشبكة التوزيع الانتقائي في ذاته عملاً خاطئاً، ف شراء السلع، في ظروف قانونيتها أو طابعها الغشّي انكشف برفض تسويق مصلوها، يشكل في ذاته عمل منافسة غير شريفة⁽¹⁾. وهكذا يكون السبيل مؤكداً عليه. بيد أنه يمكن أن يُستشف من الصياغة الأخيرة لهذا الحكم تأكيداً قريته. فالموزع غير المعتمد، في حال عدم وجود تحديد حول المورد، يفترض أنه «عامل مباشرة مع عضو في الشبكة»⁽²⁾، مما يعني افتراض أن هذا الموزع غير المعتمد قد ساعد الغير على انتهاك تمهيداته. وهذا التفسير ممكن ولو لم يكن أكيداً. ربما كان ينبغي أيضاً الأخذ في الحسبان المادة 10، الفقرة الأولى، من القانون المدني التي تفرض على كل واحد «تقديم مساعدته للمدالة من أجل جلاء الحقيقة». وهكذا لا يشمل في العمل الذي اعتمدته الغرفة التجارية أي أصالة تجاه بعض المبادئ الأهم.

على أنه يبدو أن حق العلامات يمكن أن يثار لمنع الاعتداء على الشبكة. وقد حكمت الغرفة التجارية بهذا المعنى، في 23 شباط 1993⁽³⁾، لرد طعن، بأن «محكمة الاستئناف، بعد أن بينت أن شركة Michelle تجرت منتجات تتناول علامة Chanel بدون أن تكون لها صفة البائع بعد الشراء المعتمد لشبكة التوزيع الانتقائي التي أنشأتها شركة Chanel وبدون إذن منها، تمكنت من الأخذ، بدون قلب عبء الإثبات... بأن شركة Michelle استعملت العلامة بشكل غير قانوني، وهكذا سوّغت حكمها إلى -عد كبير- بأخذها بمسؤولية شركة Michelle. ويدعو هذا الحكم إلى إبداء بعض الملاحظات. يبدو، في المقام الأول، من الصعب أن ترى فيه حكماً مبدئياً إذ لم تجد الغرفة التجارية من العلامات نشره في النشرة الرسمية لمحكمة النقض، ثم إن الأمر لا يتعلق إلا بحكم رد. فمن الضروري إذاً أن تؤكد محكمة النقض مذهبها. وفي أي حال يسوّغ الحكم المعتمد بحق العلامات وحده»⁽⁴⁾، أي الحق في الأموال، ولا يسيء إلى المبدأ الناجم عن نظرية الحجية.

وقد سبق أن أثار السيد Ginossar هذه المسألة مبيناً أن الأمر يتعلق بشوكة اقتصادية وقانونية. «وبالفعل إن الحجية المعممة للاتفاقيات الحصرية، في شكل غير مؤدٍ، ومنطقي بدقة». «تهدد بخنق ما تبقى من الحرية التجارية، وتهز، في الوقت عينه، أسس قانون العقد ذاتها التي يطلبها». وتابع مستهدداً بطلبات المحامي العام Dumon أمام محكمة النقض في بلجيكا: «إن الأخذ بأن الغير مرتبط بمعرفة اتفاقية كهذه، يعني حرمانه من حق لأن الفريقتين الأجنيين عنه عقداً اتفاقية، وذلك يعني إدخاله بالقوة في اتفاقية، وإنكار حق له عقب قرار لم يكن بإمكانه المشاركة فيه، والسماح للأفراد بتحديد حقوق جميع الآخرين وموجباتهم»⁽⁵⁾.

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 322، صفحة 229 Dalloz 1992، صفحة 505، تعليق Bénabent A.

(2) A. Bénabent، الملاحظات المذكورة، سابقاً، صفحة 507.

(3) Dalloz 1994، صفحة 318، تعليق E. For - Cardon.

(4) انظر عكس ذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 آذار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 97، صفحة 64.

(5) Liberté contractuelle، المرجع عينه، رقم 35، صفحة 88.

ولا يمكن إلا الإعجاب بالصلة الوثيقة لهذه المقاصد بالموضوع وقد حملت على إقناع محكمة القضاة البلجيكية التي «أدانت المبدأ المطروح بشكل مطلق واعتبرته مغلوفاً لأنه اعتبر الغير ملزم بالامتثال عن استيراد المنتجات وبيعها عندما يعلم أن تاجراً حصل من شريكه في التعاقد على احتكار استيراد هذه المنتجات وبيعها»، وهو مبدأ ظنت الأحكام المطعون فيها أنه يمكن أن يستنتج منه أن المدعي مذنب بعمل مخالف للعادات الشريفة في الشأن التجاري، «بدون البحث عما إذا كان المدعي أصبح غيراً مشتركاً في خطأ عقدي ارتكبت المؤسسة التي اشترى منها هذه المنتجات». (1)

وما هو من الواجب رؤيته، من وجهة نظر أخرى، أن الغير لا يمرق تنفيذ موجب أحد الفريقين، أنه لا يشكل عقبة أمام تنفيذ الفريقين عقدهما بشكل صحيح. أنه يطمح فقط إلى أن لا يتمكن الفريقان من أن يفرضا عليه - عن طريق الحجة - مراعاة وضع قانوني معين «لأن سلطة الفريقين القانونية»، كما بين أحد المؤلفين في بداية هذا القرن، «ليست مغلقة. ثمة أوضاع قانونية لا يعود إليهما خلقها أو تعديلها». (2)

وهذه الأفكار هي التي كرسها الاجتهاد مبنياً حدود مفهوم الحجة برفض جعل العقد ينتج أكثر من مفاعيله، أي برفض امتداد مفعوله الملزم، في حالة خاصة، إلى الغير (3)، بمعنى أن الحجة لا تؤمن إلا فعالية العقد التامة ليس إلا (4).

378 - رفضت محكمة النقض، تطبيقاً لهذه الفكرة أيضاً، جعل العقد ينتج مفاعيل على حوالة دين تمت بدون رضا الدائن.

من المعروف بالفعل أن القانون المدني، بخلاف حوالة الحق، يجهل حوالة الدين ويشكل أكثر تحديداً حوالة الدين المباشرة بدون رضا الدائن. وجرى الاستنتاج من ذلك أن

(1) Ginossar، المرجع عنه، صفحة 88 وصفحة 89. والحكماء اللذان يشهد بهما المؤلف صادران في 17 حزيران 1960، جريدة المحكمة، 1960، Rechtskundig Weekblad؛ 627، 1960 - 1961، 171، المجلة الناقدة للاجتهاد البلجيكي. 1961، 449، تعليق S. Frédéricq و 3 تشرين الثاني 1961، جريدة المحكمة، 1961، 737 (إصدارات يشهد بها المؤلف).

(2) H. Juillel، *Effets des actes juridiques à l'égard des tiers*، طروحة في ليل، 1904، صفحة 168.

(3) يمكن أن تتأثر هذه الأوضاع بالوضع الناتج من حكم 29 حزيران 1993 (النشرة المدنية، 17، رقم 274، صفحة 194). كانت شركة إعلانية قد أعلنت على شركة أخرى بأنها لم تحترم «مدونة قوانين الممارسات الشريفة في مادة استثمار أماكن خاصة» وضعتها الفرقة الناقية، وحملتها المسؤولية بسبب ذلك. بيد أن الشركة المخالفة لم تكن عضواً في الفرقة الناقية هذه. وقد بينت الفرقة التجارية، لكي ترد الطعن الذي يأخذ على محكمة استئناف بورج أنها رفضت طلب المدعي بالتعويض، أن الشركة المدعى عليها «لم يكن من الممكن أن تقل برفض موجب عليها كان أجنبياً عنها تعاقداً».

(4) أكدت الحفلات الدراسية للقانون المقارن الفرنسية - البلجيكية التي جرت بالتعاون بين مراكز قانون الموجهات في باريس والجامعة الكاثوليكية في لوفان من عام 1980 إلى عام 1992، أن المعتقد الذي يستفيد من بند التوزيع العمومي ليس له في الحقيقة حق حصري بالبيع وإنما فقط حق التلقي الحاضر.

القانون الوضعي الفرنسي لا يأخذ بحوالة الدين بين الأحياء بصفة مستقلة⁽¹⁾. وبالتالي ليس بإمكان حوالة كهذا، وقد وصفه Gaudemer «بالتنازل الداخلي» لأن الدائن لم يكن فريقاً فيه، تحرير المدين الأولي وتأمين نقل الدين (عليه) ذاته إلى المدين الثاني، مع كفيته ودفعه وتأميناته. وسنرى هذا الحل بملاحظة أن شخصية المدين ليست غير مكثرت لها بالنسبة إلى الدائن في حين أن العكس ليس صحيحاً على وجه العموم⁽²⁾. وبالتالي لا توجد في القانون الفرنسي حوالة «تامة» تعادل، بصفة ملبئية، حوالة الحق⁽³⁾.

وعليه تكون حوالة الدين التي تتم بدون موافقة الدائن غير قابلة للاحتجاج بها ضده. وهذا ما ينتج بوضوح عن حكم صدر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 2 حزيران 1992⁽⁴⁾.

كان المصرف الوطني ليباريس، لتحويل اكتساب زوجين ملكية مؤسسة تجارية، قد وافق على قرض في 24 حزيران 1982. وكان قد تم الاشتراط على أن يتعهد الزوجان تضامياً تجاه المصرف. ثم حصل طلاق بين الزوجين. وحكم قاضي القضايا الزوجية، في 14 شباط 1986، بالمصادقة على اتفاقية الطلاق التي كانت تشترط أن تخصص المؤسسة التجارية بالزوج شرط أن يسدد وصيد القرض. ثم حصل إجراء تسوية قضائية تحولت بعد ذلك إلى تصفية قضائية مقترحة ضد الزوج. يقاضى المصرف الوطني ليباريس الزوجة المطلقة لدفع رصيد القرض. وخسر دعواه بحجة أن حكم الطلاق، استناداً إلى المادتين 262 من القانون المدني و 1104 من مدونة الإجراء المدني الجديدة، المنشور نظامياً، يحتاج به في وجه الغير وأن الدائن لم يتقدم خلال المهل باعتراض الغير.

وكان حكم محكمة استئناف يو الصادر في 14 حزيران 1990 قد نفثته الغرفة التجارية في محكمة النقض، استناداً إلى المادتين 1134 و 1165 من القانون المدني، بحجة «أن اتفاقية الزوجين، ولو صادق عليها القضاء، لا يمكن أن يكون مقعولها، في غياب موافقة

(1) انظر: H.L.J. Mazeaud, Obligations: الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. Chabas، رقم 1281، انظر أيضاً 1207 وما يليه، ولا سيما رقم 1211 - انظر بهذا المعنى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية: IV، رقم 408، صفحة 295.

(2) H.L.J. Mazeaud، تأليف Fr. Chabas المذكورين سابقاً، رقم 1277. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette، رقم 1207.

(3) J. Ghestin, La transmission des obligations en droit positif français, in La transmission des obligations، يرميات J. Dabin، منشورات L.G.D.J.، 1980، رقم 79، صفحة 60. L.L. - 1981، رقم 193، صفحة 146.

(4) النشرة المدنية II، رقم 168، صفحة 116، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، 1، 3632، صفحة 541، ملاحظة M. Billiau، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 122، ملاحظة J. Dalloz، 1993، صفحة 211 من المرجز، ملاحظة Ph. Delebecque.

الدائن، سقوط دين (عليه) أحد الزوجين ولم تكن لها القوة الملزمة إلا في علاقتها المتبادلة.

وهكذا يتمتع على الفريقين في التنازل الاحتجاج بشكل مفيد باتفاقيتهما ضد الدائن الذي بقي غيراً بالنسبة إليها. ويعود السبب الجوهرى إلى واقع أن حوالة الدين وهي نظير حوالة الحق غير مقبولة. وعليه لا يستطيع أحد فريقى التنازل في القضية الراهنة (الزوج السابق) الادعاء أنه محرو تجاء الدائن (المصرف وهو الغير)، لأن حجية العقد (الصحيحة والفعالة بين الفريقين) كانت هنا عاجزة عن إنتاج امتداد لمفعولها الملزم تجاء الدائن المماثل للمفعول الذي تنتج حوالة الحق⁽¹⁾. إن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، عدلت في الواقع الموجبات التي تمكن الفريقان من إنشائها بشكل سليم بينهما وتجاه الغير، مما يسوغ النقض استناداً إلى المادتين 1134 (الفريقان) و 1165 (الغير) من القانون المدني.

أما تأثير المصادقة القضائية على الاتفاقية فقد سبق أن بينا أنها كانت بدون تأثير في حالة خاصة لأن العقد المصادق عليه ليس بشكل أساسي سوى عقد يبقى خاضعاً لأحكام القانون المدني⁽²⁾.

III - معاقبة الحجية

379 - يكيف القانون الوضعي المعاقبة مع قصدية الحجية.

سبق أن رأينا أن الحجية معدة لتأمين قوة العقد الملزمة وتنجلى بشكل متغير حسب الحقوق التي ينشئها العقد. وتفسر هذه الملاحظة البسيطة تنوع المعاقبة الذي يبدو مقبولاً تماماً.

إن المسؤولية التقصيرية للغير الشريك في انتهاك موجب عقدي هي بالفعل المعاقبة الأكثر ملاءمة. وعندما لا يستطيع الغير مواجهة المتعاقد ضحية عدم تنفيذ البند الجزائي أو التحديدية للمسؤولية، يستطيع القاضي الحكم بالمعطل والضرر المتناسبين مع الضرر الواقع على المتعاقد حقيقة. وبهذه الطريقة لا يستطيع الغير تقويم كلفه نجسته سلفاً وتحديد ما إذا كان يجد متفعة في انتهاك تعهدات الغير أم لا. وهكذا يظهر عدم اليقين بالنسبة إلى مبلغ التعويض الذي سيتحمله رادعاً له، وبالتالي من غير المأمول أن تستبدل مسؤولية الغير التقصيرية بالمسؤولية العقدية.

والعقوبة في مواد أخرى هي للأحجية. وهكذا يتعرض المدين، في حال حوالة الحق، الذي يدفع لدائنه الأولي مع النكر لهذا الحوالة التي تم إبلاغه إياها أو قبلها إلى أن يدفع ثانية للمنفرد له (المادة 1691 من القانون المدني استدلالاً بالضد) والدفع بالفعل غير قابل

(1) انظر الرقم 375 السابق.

(2) انظر حول هذه النقطة الخاصة M. Billiau، الملاحظة عينها.

للاحتجاج به في وجه المتنازل له الذي يمسك عند ذلك بنجاح بالقول المأثور «من يسيء الدفع يدفع مرتين».

الفقرة 2 - إعمال الحجية

380 - ينبغي اجتماع عدة شروط ليكون العقد محتجاً به تجاه الغير. يجب أولاً - وذلك بدیهي - أن يكون العقد قد تكوّن شرعاً⁽¹⁾، ثم إثبات ذلك⁽²⁾. وفي المقام الثالث من الضروري أن يكون جاري التنفيذ⁽³⁾. ولن تكون بالفعل ثمة أي مصلحة في الاحتجاج بعقد استنفذ مفاعله كلها، إلا أن يتعلق الأمر بحجية «صالحة للإثبات».

ولا تبحث هذه الشروط جميعاً على صعوبات خاصة. والأمر ليس على هذا النحو في شأن شرط رابع (احتمالي). وبالفعل يجري التنازل حول نقطة معروفة ما إذا كان العقد، في غياب علنية قانونية، يحتاج به فقط بواقعة أن يكون الغير على علم شخصي به أو يجب أن يكون على علم به.

ويبين تفحص القانون الرضعي أنه من غير الممكن إعطاء إجابة إجمالية على هذه المسألة. من الملائم إذاً، في أول الأمر، استعراض دور لمعرفة قبل تقديم محاولة تركيب.

I - دور المعرفة

381 - فرضية Duclos

يأخذ Duclos، بعد أن تبين أن الصعوبة تتركز على تحديد دور المعرفة وأنماط حيازتها، كنقطة انطلاق لفرضيته، بأن «معرفة الغير بصورة عامة مفترضة لأسباب ذات طابع اجتماعي بصورة جلية». بيد أن الحجية تعاقب أيضاً، عند الانتضاء، إنجاز معاملات العلنية. فتقوم المعرفة إذاً بدور «تصحيحي للنظام العام المبني على المعرفة المفترضة»⁽⁴⁾. وفي عرف المؤلف تعمل القرينة التي بمقتضاها تكون المعرفة مفترضة وفقاً للمنطق عينه في قاعدة «لا يفترض في أحد جهل القانون»⁽⁵⁾. ويعلن بالتالي أن الغير عليه، كقاعدة عامة، واجب الاستعلام⁽⁶⁾. أما المعرفة الفعلية فيتعلل اكتسابها إلا بصورة استثنائية. ويُلخص قصده ببيان

- (1) الإعلان المطلق للعقد يمكن طلبه من قبل الغير ضمن بعض الشروط. انظر تلاشي العقد.
- (2) انظر حول هذه المسألة التي تحرك تطبيق المادة 1328 من القانون المدني على وجه الخصوص (تاريخ أكيد)، المدخل العام، رقم 835 ورقم 636. - F. Favennec-Hery, La date certaine des contrats sous le *seing privé* المجلة الدولية للتجارة القانون المدني، 1992، صفحة 1 وما يليها.
- (3) محكمة استئناف باريس، الفقرة الرابعة، 24 تشرين الثاني 1904، 1905 Siry، 2، 284. - وهو الحل أيضاً الذي أخذت به المادة 122 - 15 من قانون العمل.
- (4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 10، صفحة 30.
- (5) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 247، صفحة 282.
- (6) الأطروحة الألفه الذكر، رقم 246. إلا أن المؤلف مجبر تماماً، في ما يختص بمسؤولية الغير الشريك، على «

أنه «يبدو أن الحجية مبنية تقريباً على المعرفة المفترضة والمعرفة الفعلية للحقيقة»⁽¹⁾.

إن هذه الفرضية، رغمًا عن فائدتها، لا تحمل على الإقناع ذلك بأنها تركز على قرينة قانونية للعلم بالمتقود ليست سوى وهم وعلى مماثلة مغالى فيها للمتقود بالقانون. يضاف إلى ذلك، كما سترى، إنها لا تحلل حلول القانون الوضعي.

382 - ليست المعرفة دائماً شرطاً للحجية؛ إنها أحياناً، بالمقابل، مفروضة؛ وأخيراً هي ليست، في بعض الحالات، شرطاً كافياً.

أ - الحالات التي تكون فيها المعرفة غير مكثرت لها.

383 - الحلول الاتفاقية الذي يوافق عليه الدائن الذي تلقى الدفع (المادة 1250 - 1 من القانون المدني).

يعرّف السيد Mestre الحلول بأنه «استبدال شخص في الحقوق المرتبطة بالدين مكان شخص آخر حائزها، عقب دفع جرى من قبل الشخص الأولى بين يدي الثاني»⁽²⁾. ويمكن أن يوافق عليه المدين (المادة 1250 - 2 من القانون المدني) أو الدائن (المادة 1250 - 1 من القانون المدني) غير أنه يخضع مبدئياً للنظام عينه: يفترض الحلول دفع دين المُجل (من صدر عنه الحلول) ونقله لصالح الحال (من حل محل غيره). والتطبيق المعاصر للحلول الملعوظ أكثر من غيره والموافق عليه من قبل الدائن (من الفريق الدائن *ex parte creditoris*) هو وسيلة تحصيل الديون *affecturage*⁽³⁾. ففي هذه العملية يدفع أحد الأشخاص، ممارس تحصيل الديون *factor* لتاجر أو صناعي الديون التي لهما على ذبائنتهما، مع اقتطاع نسبة مئوية معينة، ويحل محلهما في حقوقهما.

ومن المعروف أن الحلول، رغمًا عن الدفع الذي يتم، يترك الدين قائماً لصالح الحال محل غيره، إنه المفعول الناقل للحلول. بيد أن القانون المدني لا ينظم أي شكل للمعلنة المشابهة لمعلنة المادة 1690. وقد أخذ بعض المؤلفين في القرن التاسع عشر بأن حجية الحلول محل المدين كانت خاضعة لهذه المادة، إلا أن هذا الرأي جرى التخلي عنه في النسخة وأُيد الاجتهاد ذلك⁽⁴⁾.

= يقول أن هذا الأخير لم يرتكب أي خطأ إذا لا يستعمل حول وجود المدد المناقش، رقم 439 - 2، صفحة 542.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 444، صفحة 461.

(2) الأطروحة الألفه الذكر، رقم 4.

(3) انظر: J. Mestre، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 216 وما يليه. - Ripert et Roblot، الجزء II، الطبعة الحادية عشرة، رقم 2400 وما يليه.

(4) J. Meestre، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 46، والمؤلفون المستشهد بهم وكذلك الاجتهاد.

وجرى بيان أن مظهر الدفع في الحلول هو الذي يتوخ هذا الفارق في الحل مع حواله الحق؛ فخلفاء الدائن لا يتعرضون بالفعل لأي مجازفة لأن تدبير الحلول هو تدبير دفع ولأن الدائن يتوفا حقه⁽¹⁾.

ولم يتجر الاجتهاد منذ ذلك الحين، بيد أنه أخذ بأن الحلول كان غير قابل للاحتجاج به ضد المدين الذي علم به بحيث أن الدفع الذي قام به المدين للدائن قبل أن يعلم بالحلول كان يحرره⁽²⁾. وهذا الحل الذي يحمي مصالح المدين جرى التخلي عنه في حكم للغرفة التجارية في محكمة النقض في 3 نيسان 1990⁽³⁾ الذي حكم بأن نقل الدين (له) الذي جرى استناداً إلى الحلول الاتفاقي «يحتج به تجاه المدين بتاريخ الدفع الحلولي». واستنتجت المحكمة من ذلك أن المقاصة لم يعد لها دور اعتباراً من هذا التاريخ، ومن غير المهم أن يكون المدين جرى إعلامه بالحلول، أي، في القضية المعنية، بعقد تحصيل الديون. والمعرفة، في نظر هذا الحكم، ليست شرطاً لحجية الحلول الذي وافق عليه الدائن⁽⁴⁾.

384 - التفويض في الدين (له)⁽⁵⁾.

التفويض هو العملية القانونية التي بموجبها يقترح مدين يسمى مفوضاً على دائئه المسمى المفوض لديه أحد مدينه المسمى المفوض (أو المندوب) الذي يوافق على الالتزام شخصياً تجاه المفوض لديه. وهذه العملية تحقق دفعاً مزدوجاً، بين المفوض والمفوض لديه وبين المفوض والمفوض، بإنشاء موجب جديد يلتزم به المفوض لصالح المفوض لديه وحده. فالبائع، في بيع مؤسسة تجارية مثلاً، هو مدين مورديه ودائن بشمن التفريغ تجاه مكتب الملكية. وهذا الأخير، عندما يدفع مباشرة إلى موردي من تلقى منه، يسقط دين هذا الأخير ودينه الخاص تجاه بائعه. إلا أن مظهر الدفع بالتفويض لم يتأكد بدون صعوبات.

(1) J. Mestre، الأطروحة السالفة الذكر، المرجع عنه. وفي الاتجاه عنه P. Raynaud، Les contrats ayant pour objet une obligation، باريس II، 1977 - 1978، صفحة 178.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 تشرين الأول 1982، النشرة المدنية، IV رقم 287، صفحة 246، Dalloz، 1983، صفحة 411 من التقرير، ملاحظة M. Vasseur. انظر: J. Mestre، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 428 وما يليه، صفحة 490 وما يليها. كان هذا الحل سؤفاً بتطبيق المادة 1240 من القانون المدني ريمتغها «الدفع الجاري» من حسن نية لحائز الدين صحيح، مع أن الحائز نزعته يده بعد ذلك. انظر أيضاً: Ph. Malaurie et L. Aynès، المذكورين سابقاً، رقم 1212، صفحة 698.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 116، صفحة 177، Dalloz، 1990، صفحة 105 من التقرير؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 661 رقم 9، ملاحظة J. Mestre؛ J. Dalloz، 1991، صفحة 180، تعليق Y. Degorne - Labbe.

(4) على أنه يبدو أن محكمة استئناف باريس لم تأخذ بمذهب محكمة النقض طالما أنها حكمت، في 15 آذار 1993 بأن المدين المحال عليه يتحور إذا كان قد دفع من حسن نية إلى الدائن الأصلي قبل أن يتلقى من هذا الأخير الإعلام بموجب تسديد دينه بين يدي الحائز محل غيره، Dalloz، 1993، الصفحة 141 من التقرير.

(5) انظر حول هذه الإروالية، M. Billiau، La délégation de créance، أطروحة في باريس I، منشورات J. Ghestin، 1988، مقدمة J. G.D.J.

وهكذا طرحت مسألة معرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بتقنية نقل الموجبات ولاسيما دين المفوض على المفوض لصالح المفوض لديه.

وجرى التساؤل، ولاسيما في القرن الماضي، عما إذا كان هذا التفويض خاصاً لمنطلقات المادة 1690 من القانون المدني المتعلقة بحالة الحق⁽¹⁾. وبالفعل أخضع بعض محاكم الأساس حجية التفويض لإتمام هذه المعاملات، وهكذا ماثلت التفويض بحالة الحق⁽²⁾ وأيد بعض المؤلفين هذا الحل⁽³⁾.

وقد بنت محكمة النقض بالخلاف بالحكم بأن التفويض لم يكن خاصاً للمعاملات المفروضة بالنسبة إلى حجية بحالة الحق تجاه الغير⁽⁴⁾ وأيد المؤلفون هذا

(1) انظر: Hubert, *Essai d'une théorie juridique de la délégation*, أطروحة في بواتيه، 1899، رقم 163 وما يليه، صفحة 123 وما يليه.

(2) انظر على وجه الخصوص حكم محكمة Agen، 2 كانون الأول، Dalloz الدوري 1851، 52، 2، 26 وكذلك الاجتهاد العام في مرسوعة Daloz، الجزء III، 1903، البند 1275، صفحة 211 وما يليه، رقم 54 وما يليه. وعلى نقض ذلك، محكمة استئناف باريس 18 أيار 1923، نهريس Defrénois، 1923، البند 20413، صفحة 432.

(3) انظر المؤلفين المستشهد بهم من قبل Hubert، المرجع عنه، رقم 164، التعليق 3، صفحة 124، ولا سيما Aubry و Léronbier و Rau، بالإشارة إلى Wahl، تعليق على النقض المدني في 23 تشرين الثاني 1898، S. 99، 1، 465.

(4) يجري الاستشهاد أحياناً بحكمين صادرين في القرن التاسع عشر لم يؤكدا مع ذلك المبدأ صراحة. فالحكم الصادر عن غرفة المدنية في 7 آذار Dalloz الدوري 1865، 65، 1، 121، 85 Sirey، 1، 165 يتعلق بعيداً بضرورة قبول المفوض لديه وبالمسألة المتعلقة باشتراك عدة مفوضين لديهم. واستبعاد المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 يمكن استنتاجه مع ذلك من الحل الذي اعتمدته محكمة النقض للمسألة الثانية التي طرحت عليها. والحكم الصادر عن غرفة المرافض في 6 تموز 1881 Dalloz الدوري 1882، 1، 456 يتعلق بفرضية مشابهة. والأحكام الأولى التي كانت فعلاً إلى جانب استبعاد المعاملات الواردة في المادة 1690 من القانون المدني تعود إلى 24 تموز 1889 (غرفة المرافض، Dalloz الدوري 89، 1، 385) و 23 تشرين الثاني 1898 (S. 99، 1، 465، تعليق A.W.). وكان الطعن في القضية الأولى يسلك صراحة بأن التفويض لم يكن قابلاً للاحتجاج به في وجه الغير بسبب التكرار للمادة 1690 من القانون المدني. وقد ردت غرفة المرافض هذا الطعن إذ رأت أن العمل المعني يتحلل كتفويض؛ «وإن الأمر لم يكن يتعلق، في القضية... بتلذذ دين ومفعول تجاه الغير كان متوقفاً على إتمام المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني، وإنما بتفويض الثمن المشترك على الشاري من قبل البائع لصالح حاملي السندات... وهو اشتراط يجب أن يستفيد منه المفوض لديهم تجاه الجميع استناداً إلى المادة 1121...». إن أسباب التسريع التي يتبناها محكمة النقض تثبت بوضوح عدم قابلية تطبيق المادة 1690 على التفويض ولكنها تماثل التفويض أيضاً بالاشتراط لمصلحة الغير. وهذا هو السبب الذي من أجله، في حرف محكمة النقض، ليست المادة 1690 قابلة للتطبيق. ولم تكن ثمة حاجة إلى الرجوع إلى الاشتراط لمصلحة الغير لتسريع العمل المعتمد. ثم تبين حكم لاحق صدر من غرفة المرافض في 19 كانون الأول 1923 (Sirey 1924، 1، 111 والتعليق؛ مجلة قسمر العدل، 1924، 1، 397، Dalloz 1925، 1، 9، تعليق Capitant H.) نهائياً هذا حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 30 حزيران 1971، Caliste ضد Hongre - Deguise، Lexis 407، رقم 32، الطعن رقم 69 - 12845 تاريخ 24 لوز 1969.

الحل الذي لم يعد اليوم موضع نقاش⁽¹⁾.

وَيَين Hubert أن هذا الحكم لا يستحق أي بسط خاص ما دام أن التفويض كان مفترقاً عن حوالة الحق. فالتفويض ليس حوالة حق ولا حوالة دين، طالما أنه ينشأ علاقة قانونية جديدة بين المفوض والمفوض لديه (علاقة مفوض) تتراكب مع الدين (له) الأولي للمفوض على المفوض ومع الدين (له) الأولي للمفوض لديه على المفوض (علاقة أساسية). والحال أن وجود تعهد جديد لا يخضع، في القانون العام، لأي شكل خاص ليكون محتجاً به في وجه الغير. واستبعاد أشكال العلنية المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني مسوّغ إذاً. ولا يمكن، بدون سبب، مد الأحكام المطبقة على اتفاقية إلى أخرى. ولاحظ Hubert، بالإضافة إلى ذلك، أنه ليس ثمة أي حاجة في التفويض إلى أن يكون المفوض (الذي يقوم بدور مدين محال عليه) قد جرى إعلامه بالعملية طالما أنه فريق فيها هو نفسه ورضاء هو أحد شروط التفويض⁽²⁾. والتفويض بالتالي يحتاج به تجاه الغير بدون أي شكل.

385 - تتحرر القوانين المعاصرة من شرط المعرفة بدون أن تضع نظام علنية.

جرى التشهير، في ما يتعلق بنقل الديون (له) المباشر، ربما بشقة إلى حد ما، بأثرية المعاملات المقروضة في المادة 1690 من القانون المدني. وقد تخلص منها المشتري المعصري في عدة قوانين بتطبيق القول المأثور السابق في الزمن هو المفضل في القانون.

وهكذا وضع قانون في 2 كانون الثاني 1981 المسمى «قانون Dailly»، والمعدل لتسهيل الاعتماد للمؤسسات، نظاماً مختصراً لحوالة بعض الحقوق المهنية بشكل أساسي⁽³⁾. وحددت المادة 4 من هذا القانون تاريخ سريان الحوالة: تصبح الحوالة تامة بين الفريقين

(1) انظر: Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, الجزء V, 1875, رقم 329, صفحة 234. Hubert, الأطروحة المذكورة سابقاً, رقم 164 وما يليه, صفحة 124 وما يليها. - Baudry - Lacantinerie et Berde, Traité théorique et pratique de droit civil, الجزء III, الموجبات, الطبعة الثالثة, 1908, رقم 1746, صفحة 61. Beudant et - Lerobours Pigeonneiere, Cours de droit civil français, الجزء IX, العقود والموجبات, بالتعاون مع G. Legarde et R. Perrot, الطبعة الثانية, 1953, رقم 1019, صفحة 101. Marty et Raynaud, Traité de droit civil, الجزء II, الموجبات, 1, الموجبات, منشورات Sirey, 1962, رقم 842, صفحة 848. Planiol et Ripert, Traité, الجزء VII, Dailly et G. Gabolde, pratique de droit civil français, 1954, رقم 1273, صفحة 677, B. Starck, Obligations, المجلد 3, النظام العام, الطبعة السادسة, 1992, منشورات Litec, تأليف H. Roland et L. Boyer, رقم 91.

(2) Hubert, الأطروحة السابقة الذكر, رقم 164, صفحة 124, يقبل المؤلف مع ذلك أن الدين الأول للمفوض على المفوض كان قد نقل لصالح المفوض لديه بدون أن يكون من المفيد أن تراعى أشكال المادة 1690 من القانون المدني.

(3) انظر على وجه الخصوص حول هذه التقنية G. Ripert, Traité de droit commercial, الجزء II, الطبعة الحادية عشرة, تأليف R. Roblot, منشورات L.G.D.J., 1988, رقم 24281 وما يليه. C. Ledouble, Contribution à l'étude des créances cédées dans le cadre de la loi Dailly, Les petites affiches, تشرين الثاني 1986.

وتغدو محتجاً بها في وجه الغير بدون إنجاز أي شكل من أشكال العلنية اعتباراً من التاريخ الذي يسجلها المتنازل له في الجدول. وإذا برز افتراض على التاريخ المسجل في الجدول فإن عبء إثبات صحته يقع على المتنازل له، وهو إثبات يمكن أن يلجأ إليه بجميع الوسائل (المادة 4، الفقرة 4)⁽¹⁾. وإذا كان المبدأ بسيطاً فإن تطبيقه يكون أحياناً أقل بساطة في حالة النزاع بين متفرغ لهما متالين للدين واحد.

وينبغي الافتراض أن الدين عنه يشكل موضوع تفرغين Daily على التوالي. فأي من المتفرغ لهما هو حائز الدين؟. بمقتضى المادة 4 من القانون أول المتفرغ لهما هو، مبدئياً، مالك الدين وموكل إذا لتلقي التسديد. والتفرغ الثاني مشوب بالفعل بالبطان. إلا أن حكماً صدر عن محكمة التجارة في باريس في 24 أيار 1988⁽²⁾ استنتج غير ذلك بإضفاء الصحة بشكل منازع فيه على التسديد الجاري للمتفرغ له الثاني تاريخياً.

كان وزير الثقافة قد خصص، في هذه القضية، شركة KCP بمساعدة مالية قدرها مليون فرنك لتحقيق أحد المشاهد. وجرى التفرغ عن هذه المساعدة في المرة الأولى قبل استيفائها وإبلاغها وزير الثقافة. بيد أن شركة KCP، عندما حصلت على هذه المساعدة، تفرغت عنها مرة أخرى إلى مؤسسة اتمان وأبلغت ذلك مكتب أمانة الخزينة العامة. إن هذا الإبلاغ الثاني وحده يمكن أن ينتج المفاعيل المنصوص عليها في المادة 5 من قانون 2 كانون الثاني 1981⁽³⁾، ذلك بأن محاسبي الخزينة وحدهم مؤهلون لإجراء هذه التسديدات دون الأمرين بالصرف. وفي الواقع جرى دفع المساعدة إلى المتفرغ له الثاني. فقاضى المتفرغ له الأول عند ذلك المتفرغ له الثاني مدعياً نقل أموال المساعدة مع الفوائد فردت محكمة التجارة ادعاءه إذ أخذت بأن المتلقي، رغباً عن بطلان التفرغ الثاني، بإمكانه الاحتفاظ بمبلغ المساعدة على أساس الظاهر لأن «هذا الإبلاغ (الأول) المساء توجيهه لا يمكن أن يقوم بوظيفة إعلام المدين وعززت، ككتاب التبليغ، الظاهر الموضوعي» بأن المتفرغ «بقي حائز الدين».

ويقود الحل الذي تبنته محكمة التجارة في باريس السني على الظاهر إلى إفراغ المادة 4 من أي مدى بإدخال شرط غير منصوص عليه في القانون عن طريق الحيلة في ما يتعلق بحجية التفرغ للغير - المتفرغ له الثاني غير المالك في هذه القضية - أي إبلاغ المدين المحال عليه الوارد في المادة 5، وليس بالتأكيد بدور التذكير بما تتطلبه المادة 1690 من القانون المدني. بيد أن الإبلاغ المنصوص عليه في المادة 5 له مفعول وحيد هو إضفاء الصحة على

(1) انظر حول هذه النقطة الخاصة، النقص التجاري في 7 كانون الأول 1993، النشرة الملنية، IV، رقم 448، صفحة 328، الحكم بأنه على القاضي، عندما يتفحص الجدول تاريخين، أن يختار أحدهما بدون أن يشير عناصر إثبات خارجية لتقرير أن التفرغ لا يمكن أن يتبع مفاعيل بين الفريقين أو تجاه الغير.

(2) Dalloz 1988، صفحة 533، تملين D. Martin.

(3) حسب هذا النص فإنما يمكن مؤسسة الائتمان، في أي وقت، منع المدين بالدين المتفرغ عنه أو السرهون أن يبلغ لموقع الجدول. والمدين، اعتباراً من هذا التبليغ الذي يستند أشكاله بمرسوم يتخذ في مجلس اقدولة نصت عليه المادة 13، لا يتحرر بشكل صحيح إلا للتي مؤسسة الائتمان.

الدفع إلى غير المتفرغ له المبلغ - هذا ما اعترفت به المحكمة صراحة - فالتبليغ لا يتعلق إذاً إلا بالعلاقات بين المتفرغ له والمدين المحال عليه. وهو لا يتعلق بحجية التفريغ تجاه الغير المنظم في المادة 4 بتماير واضحة جداً من المناسبات التذكير بها: التفريغ يحتاج به في وجه الغير في التاريخ المسجل في الجدول. والحال أن المشرع، يجعل حجية جداول الغير غير متوقفة على أي معاملة علنية، كان قد كرس تطبيق القول المأثور الأسبق في الزمن هو المفضل في القانون، ومفعول ذلك بالضرورة استبعاد تطبيق نظرية الظاهر. لذلك لا يمكن تأييد الحل الذي تبنته محكمة التجارة في باريس. كان استدلال المحكمة، بغطاء نظرية الظاهر، كما لو أن التفريغ Dailly كان تفرغاً عن دين في حق مشترك مع أنه يفترق عنه بوضوح حول هذه النقطة.

وقد فسخت الغرفة الخامسة في محكمة استئناف باريس هذا الحكم بالتشديد على أصالة التفريغ Dailly وبيّان أن نظرية الظاهر كانت أجنبية عن النقاش ذلك بأن المتفرغ له الثاني لم يكن من الممكن أن يجهل أن القانون لا يضع نظام علنية لجعل التفريغ محتجاً به في وجه الغير⁽¹⁾. وهذا الحل يجب تأييده.

يضاف إلى ذلك أن الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حكم بتاريخ 19 أيار 1992⁽²⁾، طبقت بصلابة المادة 4 من القانون Dailly.

والقانون رقم 88 - 1201، تاريخ 23 كانون الأول 1988، المكمل بالمرسوم رقم 89 - 158، تاريخ 9 آذار، 1989 وينظم عمولة عمليات المصنف (أي البورصة) المتعلق بالموافقة على صندوق الديون المشترك وسير عمله والمصادق عليه بقرار 31 تموز 1989، نظم ما اتفق على تسميته «تسديد الديون (له)»⁽³⁾ وما جرى تعريفه قانوناً بقرار 11 كانون الثاني 1990 بأنه «التقنية التي تستبدل بصيغ الائتمان المصرفي صيغ السندات القابلة للتداول أو العقود التي تتناول هذه السندات الصادرة عن الجمهور إما بإشياء أدوات مالية (سندات الخزينة مثلاً)، وإما بتحويل الائتمان إلى قرض بقيمة السند الصادر (ائتمان رهن عقاري محوّل إلى التزامات عقارية مثلاً)، وإما بالتحويل إلى حصص هيئات التوظيف بقيم منقولة تنشأ خصيصاً لهذا الغرض (صندوق الديون المشترك)»⁽⁴⁾.

(1) Dalloz، 1990، الصفحة 44 من التقرير.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 190، صفحة 133 مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة B، بانوراما، 819، صفحة 287.

(3) انظر عرض M. Jeantin و J. P. Bertrel في Droit de l'agencierie française، منشورات Lites، 1990، رقم 273 وما يليها، صفحة 209 وما يليها.

(4) انظر نص القرار في قهرس Deffinois، 1990، صفحة 269 وما يليها. ويحوي هذا القرار تعاريف أخرى: «قابل للتحويل إلى سند (صفة): يقال ذلك في صيغة ائتمان مصرفي قابل لأن يتحوّل إلى سند» «سند (نمل): استبدال صيغ سندات قابلة للتداول أو عقود تتناول هذه السندات صادرة عن الجمهور بصيغ الائتمان المصرفي».

وتتعلق الأمر بوضوح بالسماح بتسهيل تداول بعض الديون (له) تحت يد مؤسسات الائتمان أو صندوق الإيداعات أو الدوائع بتحويلها بأسلوب مختصر - تسليم جدول - إلى صندوق مشترك للديون (له) يصدر مرة واحدة حصصاً تمثيلية لهذه الديون⁽¹⁾.

واستبعد القانون قواعد القانون المدني حوالة الحق لصالح أميلوب مختصر. وبالفعل تنص المادة 34، الفقرة 8، من القانون على أن حوالة الحق تتم فقط بتسليم جدول يتضمن بعض البيانات. يضاف إلى ذلك، استناداً إلى المادة 34، الفقرة 7، من القانون، أن الحوالة يبدأ مفعولها بين الفريقين ويصبح محتجاً بها ضد الغير في التاريخ المسجل في الجدول عند التسليم. من غير المفيد إذاً إبلاغ الحوالة كل مدين محال عليه. غير أن القانون ينص على إعلام المدينين عن طريق كتاب عادي⁽²⁾. والعلم بهذا الكتاب ليس إذاً، مبدأً، شرطاً لحجيته.

ب - الحالات التي تكون فيها المعرفة شرطاً للحجية.

386 - تأخذ محكمة النقض عموماً بأن المعرفة شرط ضروري لمسؤولية الغير الذي يتعاقده متكرراً لحقوق الغير⁽³⁾.

حكمت غرفة العرائض في 8 تشرين الثاني 1904 بأن التاجر الذي، مع معرفته بالمنع التعاقد الذي يربط أحد الأشخاص بشريكه القديم وهو منافسه ويشرك هذا الشخص في تجارته بمساعدته هكذا على انتهاك التعهدات، يرتكب مع ذلك هذا الخطأ الذي من شأنه أن يجعله مسؤولاً⁽⁴⁾. كما حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 11 تشرين الأول 1971، بأن أي شخص يساعد الغير على انتهاك الموجبات العقدية التي تقع على عاتقه، مع معرفته بها، يرتكب الخطأ التصريحي تجاه ضحية المخالفة⁽⁵⁾. ويطبق تشكيل الغرفة التجارية ذاته في محكمة النقض في عام 1979 هذه القاعدة⁽⁶⁾ التي يبدو أنها ثابتة تماماً⁽⁷⁾.

وينضم هذا الحل الاجتهادي إلى المبدأ المطروح في قانون العمل في المادة 122 - 15 I. من قانون العمل التي تأخذ بمسؤولية المستخديم في حالة الإغراء على ترك العمل غير

(1) المادة 34 من قانون 23 كانون الأول 1988.

(2) قبل المدينين ليس مفروضاً إلا في حالة إقانة تحصيل الديون بشخص غير المؤسسة المتفرغة حيث يجب أن يتم القبول خطياً في أول نقل لإدارة هذا التحصيل (المادة 38).

(3) انظر: F. Bertrand، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 107 وما يليه.

(4) حكم غرفة العرائض في محكمة النقض في 8 تشرين الثاني 1904، مجلة قصر العدل، 1904، 2، 1605؛ Dalloz الموربي 1906، 9، 1، 489، تعليق L. Lacour، 1810، 1، 118.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 237، صفحة 120، 1972 Dalloz، 120.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 آذار 1979، النشرة المدنية، JV، رقم 1100 Dalloz، 1980، صفحة 1، تعليق Y. Serra.

(7) انظر أيضاً: G. Virassamy، La connaissance et l'opposabilité، in Les effets du contrat à l'égard des tiers، comparaison franco - belges، 1982، L.C.D.J. منشورات، 132 وما يليه.

القانوني. ويمقتضى هذا النص بالفعل: «عندما يفسخ أحد الأجراء عقد العمل تعسفياً ويقدم خدماته ثانية، يكون المستخدم الجديد مسؤولاً تضامياً عن الضرر المنبسط للمستخدم السابق في الحالات الثلاث التالية:

- 1 - عندما يثبت تدخله في الفسخ.
- 2 - عندما يستخدم عاملاً كان يعرف أنه كان مرتبطاً بعقد عمل.
- 3 - عندما يستمر في تشغيل العامل بعد أن علم أن هذا العامل ما يزال مرتبطاً بمستخدم آخر بعقد عمل» (إلا أن يكون هذا العقد قد استنفد مفاعيله في الآونة التي عرف فيها المستخدم الجديد بعقد العمل القديم). فالقانون يجعل إذاً من العلم بعقد العمل السابق شرطاً للحجة.

على أن الغرفة التجارية في محكمة النقض حكمت لاحقاً في فرضية اشتراك الغير بأن مجرد العلم لا يكفي لاعتبار الغير مسؤولاً⁽¹⁾.

كانت شركة Gombert، في هذه القضية، تورد الجعة للزوجين Melia بائعي الجعة بالمفرق المرتبطين بالشركة الباريسية بعقد توريد حصري يتعلق بالمشروب عنه. وقد أعلنت هذه الشركة شركة Gombert بوجود هذا العقد. ورغم أن هذا الإعلان استمرت شركة Gombert بالتوريد إلى الزوجين Melia، فأقامت الشركة الباريسية عند ذلك دعوى المسؤولية ضد شركة Gombert وحصلت في الاستئناف على تعويض بسبب المنافسة غير الشريفة. ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم إذاً رأت: «أن الحكم على هذا النحو، في حين أن واقعة تلبية شركة Gombert للطلبات رغمًا عن حقوق الحصرية التي تستفيد منها الشركة الباريسية مع علمها بها لم يكن يشكل بعد ذاته، في غياب عناصر أخرى، عمل منافسة غير شريفة».

هل من الواجب اعتبار هذا الحكم حكم قضية معينة أم حكم تحول؟

إن كون الحكم حكم نقض هو برهان جدي لصالح الفرع الثاني من الخيارين، ولصياغة الحكم. إلا أنه يمكن، بالانجاء العكسي، القول إنه ينبغي وضعه من جديد في منطوقه الأعم. وبالفعل هدلت محكمة النقض، ابتداء من عام 1983، مذهبها المتعلق بالتوزيع الموازي⁽²⁾. ألم ينشأ الحكم، في هذه الظروف، عن التباس؟ يمكن اعتقاد ذلك لأنه يبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض عادت لاحقاً إلى مذهبها الأولي⁽³⁾.

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 27 أيار 1988، النشرة السنوية، IV، رقم 90، صفحة 85؛ Dalloz 1987، الصفحة 256 من الموجز، ملاحظة Y. Serr.

(2) انظر الرقم 377 السابق.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 آذار 1989، النشرة السنوية، IV، رقم 98، صفحة 85؛ 1989، D.، صفحة 428، تعليق A. Bénabent. يتعلق الأمر في القضية الراضة بقبرول منتجات لدى موزع معتمد من قبل الصانع وانتهاء عقد التوزيع، انظر الرقم 377 السابق. يرى السيد P. Jourdain في Les réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseau (1990 Dalloz)، المرسوم =

والحكم المبين أعلاه، في أي حال، يتعرض للنقد لأنه يعيد النظر في مفهوم المحبة ذاته. وبالفعل، بتقدير أن العلم بالمقد ليس شرطاً كافياً لمسؤولية الغير الشريك بتقيد بذلك فعالية العقد الكاملة، في حين أن صحته لم تكن مقحمة والأمر لا يتعلق بمقاومة وضع الغير⁽¹⁾. فنعود بذلك إذاً إلى مفهوم أثري ومفلوط لبدل المفعول النسبي للعقد.

387 - معرفة الغير مطلوبة أيضاً عندما يكون العقد معذاً لأن ينتج مباشرة مفاهيم في ذمة المالية.

وهذه هي الحال، على وجه الخصوص، بالنسبة إلى العقود المتضمنة تحديداً لمسؤولية الفريقين تجاه الغير الذي يتعاقد معهم. وهذا التعبير، التناقضي لأول وهلة، لا يمكن فهمه إلا بالنسبة إلى الطبيعة «الجماعية» لبعض العقود.

ويشير ذلك الحكم الصادر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 19 أيار 1987⁽²⁾. كانت الشركة العامة للمياه ونقابة بلديات ضاحية باريس قد اتفقتا على نظام معين. وقد فرضت هذه النقابة مسؤولية شخصية على المشتركين في أقسام الفروع الكائنة في أملاكهم. وفي دعوى المسؤولية التي أقامها أحد المشتركين ضد الشركة العامة للمياه ورفضت محكمة استئناف فرساي تطبيق هذا البند بحجة أنه غير قابل للاحتجاج به ضد المشترك. وقد ردت محكمة النقض الطعن وحكمت بأن محكمة الاستئناف استنتجت عن وجه حق لاحجية النظام تجاه المشتركين بعد أن تبين أن النظام المنازع فيه لم يبلغ إليهم. وهكذا تظهر المعرفة شرطاً للمحبة. وصدت أحكام أخرى بهذا المعنى⁽³⁾.

ويجب أن يلاحظ أن البند المنازع فيه كان معذاً لإنتاج مفاهيم في ذمة المشتركين المالية. وأن تخفيض حقهم في التعويض كان مضرراً بهم بالضرورة. ويتم إدراك تطلب معرفة الغير إذاً بسهولة. غير أنه يمكن التنازل عما إذا كنا ما نزال في هذه الحالة في مجال حجية

* IX، صفحة 43 وما يليها) مع ذلك أن حكم 1990 لم يرجع بالضرورة من منعه لعام 1989، لأن الأوضاع بدت مختلفة على صعيد المنافسة. فقد حاول إذاً تسويق هذا الفارق بالتمسك بمشيتة الغرفة التجارية في محكمة النقض في تأمين تماسك لاجتهادها مع الحالة القانونية للمنافسة ولا سيما القانون الجمعي (رقم 26). وفي عرف المؤلف تترجم الأهمية التي ولدها انتهاك موجب حصري كاتبع بعد الشراء لمستجات من قبل موزعين غير محتسبين متكونين لشبكة توزيع انتفاية فتساهلاً استضافاً لقانوننا الذي يتسك بالضرورة الاقتصادية للحفاظ على سيولة كاتبة للسوق. وعلى عكس ذلك بشكل انتهاك الغير موجب الموزعين المستأجرين بعدم بيع الوسطاء غير المحتسبين بعد الشراء انتهاكاً لموجبات الغير العقيدية لا يمكن أن تسوّف بإرادة تأمين فعالية المنافسة (رقم 127 - والأهمية في النهاية أو لاسمؤولية الغير، لن تسوّغ إلا بحق المنافسة. ربما لن تقتنع بهذا التحليل ذلك بأننا رأينا (الرقم 377 السابق) أن حلول القانون الوهمي تفسر بسهولة بالرجوع إلى المبادئ التقليدية لقانون الموجبات.

(1) انظر الرقمين 384 و 385 اللاحقين.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 156، صفحة 120.

(3) انظر على سبيل المثال النقض المدني في 8 حزيران 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 181، صفحة 120. لاحجية الاشتراطات المعقودة بين الشاري والهيئة المالية تجاه البائع الذي لم يعلم بها.

العقد. وبالفعل، إذا ما تبعنا منطق الحكيم فإن مجرد المعرفة بقود إلى الاعتراف بأن البند الذي يحدد المسؤولية يفرض على المشتركين ويلزمهم بالتالي. أليس ذلك تقدير أننا في مجال قوة العقد الملزمة؟^(١) إننا نجد هنا الالتباس التام الذي يحيط بمفهوم «الحجية».

وقياس الحل الذي اعتمدته محكمة النقض صعب التحديد. إن للعقد الذي حددت مداه عدة خاصيات. رصفة الفريقين وطبيعة العقد الجماعية كانتا هكذا عنصرين واقعيين يدخلان في الحسابان للبت بالتزاع. وليس من الأكيد أنه من الممكن امتداد الحل إلى أوضاع قريبة.

388 - لا يمكن، على وجه العموم، افتراض معرفة العقد.

صدر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض في 12 آذار 1963 حكم بهذا المعنى^(٢).

كانت إحدى الشركات الفرنسية، في هذه القضية، قد حصلت على توزيع حصري لمسجلات للصوت لصنعتها شركة ألمانية. وتبخرت شركة أخرى المنتجات عينها في فرنسا. وقاضت الشركة الأولى عند ذلك، أمام قاضي العجلة، الشركة الثانية التي تمسكت في دفاعها بجهلها اتفاقية الحصرية. فعين قاضي العجلة مديراً قضائياً مكلفاً ضبط مسجلات الصوت وحفظها لحساب من ستمود له بحجة أنه يعود «عند الاقتضاء إلى الشركة المدعى عليها (الموزع الثاني) إثبات حسن نيتها وجهلها وجود عقد الحصرية... أمام قاضي الأصل». فنقضت محكمة النقض هذه الحجة إذ بينت أن محكمة الاستئناف «استبقت الحكم بحجية عقد» نجاه الشركة الثانية التي «لم تكن هذه الشركة فريقاً فيه». كان ذلك تأكيد أن إثبات المعرفة بالعقد المنازع فيه يقع على عاتق المدعي، وبالتالي رفض الافتراض أن الغير كان يمكن أن يكون على علم بالعقد.

إن الحكم ملفت بصفة أخرى. إنه ينزع بالفعل إلى إثبات عدم إمكانية افتراض حجية العقد مما ينزع إلى إثبات أن اللاحجية هي المبدأ، والحجية هي الاستثناء، أو على الأقل أن المعرفة شرط لازم لحجية العقد.

ويبدو أن هذا المبدأ ينبغي تحديده بدقة ذلك بأن بعض الأحكام أخذ بأن المعرفة يمكن أن تكون مفترضة. على أن هذه الأحكام محدودة المدد ويمكن تفسيرها على وجه العموم باعتبارات أخرى.

وفي 5 كانون الثاني 1967^(٣) حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بأنه بسبب «علاقات حميمة» بين مديرة إحدى الشركات والمستخدم الذي أغرت، لم يكن من الممكن أن تجهل المديرية وجود بند عدم المنافسة الذي يربط هذا المستخدم بمستخذه القديم رغمًا عن ذكر «حر من أي تعهد» الوارد في شهادة العمل. بيد أن الحكم يبين أن المديرية (غير الشريفة في الأعمال) كانت عشيقه الأجير (القليل التشكيك!) منذ عدة سنوات.

(١) Dalloz 1963، صفحة 387، تعليق J. Robert.

(٢) Dalloz 1967، صفحة 212.

وفي حكم بتاريخ 3 آب 1934⁽¹⁾ حكمت غرفة العرائض في محكمة النقض بأن الغير الشريك «الذي يمارس منذ سنوات عديدة في باريس تجارة الوسيط التجاري - المصدّر والبائع بعد الشراء منتجات المعطور ليس في وسعه أن يدعي جهل العادات الخاصة ببعض بيوت المعطور المعروفة جداً، ولا سيما الموجب المقبول بعدم بيع منتجات بسعر أدنى من السعر المحدد». كانت صفة الغير المهنية في هذه القضية مشدداً عليها، إنما يبدو أن هذه الصفة وحدها غير كافية. وبالفعل شددت محكمة النقض على أن بند الثمن المفروض كان يشكل عادة. ولم يكن موضوع الخلاف التكرار لموجب عقدي كان الغير أجنياً عنه وإنما التكرار لمادة اتفاقية⁽²⁾.

واستنتجت محكمة استئناف Aix، في 10 آذار 1937⁽³⁾ معرفة بند السعر المفروض من التطلب المهني لمديري شركة التوزيع التي كانت تباع المنتجات بعد الشراء (كونياك Martell «ثلاثة نجوم»).

وفي 24 تشرين الثاني 1904⁽⁴⁾ استنتجت محكمة استئناف باريس معرفة الغير من تعهد التمثيل المسرحي الذي ساهم في انتهاك الدعاية التي جرت عن طريق الصحافة والإعلانات. بيد أن المحكمة بينت أيضاً أنه «باعتراف المسانف عليهم نفسه كأن المدبرون المنافسون يعرفون، قبل أي دعاء، تعهدات الفنانين في المؤسسات القرية المماثلة». المعرفة الشخصية للغير إذا كانت قائمة.

إلا أنه إذا ظهر في النهاية أن المعرفة لا يمكن أن تفترض افتراضاً خارج ظروف خاصة، أليس من الواجب قبول أن الغير عليه أن يستعلم حول وجود عقد في تمنع مع العقد الذي ينوي إبرامه؟ بالنسبة إلى Ginossar «لا يلزم أحد، قبل التعاقد، بالتأكد، من أجل شريكه في التعاقد، من غياب تعهدات مناقضة للتعهدات التي يعرض هذا الشريك الالتزام بها»⁽⁵⁾. وراة الآنسة Viney أن فرض موجب عناية كهذا على الغير «يثقل العلاقات القانونية بتهديد عام يصعب تحمله»⁽⁶⁾.

بيد أن محكمة استئناف Douai حكمت، في 15 حزيران 1898⁽⁷⁾، في صدد نزاع

(1) Dallot الأسبوعي 1934، صفحة 1489 مجلة نصر العدل، 1934، 2، صفحة 640. انظر حكم محكمة استئناف باريس (17 كانون الأول 1932)، مجلة نصر العدل، 1933، 1، صفحة 290.

(2) انظر المدخل العام حول العادات، رقم 496. انظر حول انقضاء هذا النوع من الامتثال، الرقم 377 السابق.

(3) مصنف الاجتهادات الدوري، 1937، 253، لميلق، J.L.

(4) Sirey 1905، 2، 284.

(5) Liberté contractuelle، المرجع عنه، رقم 11، صفحة 24. وفي حرف R. Savatier تستدعي المادة 1165 من القانون المدني بالنسبة إلى الغير فقط الحق في أنه لا يتوجب عليه البحث عما إذا كان موجب ما موجوداً. في Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats، المرجع عنه، رقم 27. وبالمعنى عنه A. Weil، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 253، صفحة 438 - J. Duclos، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 439 - 2، صفحة 452 وصفحة 453.

(6) المذكورة سابقاً، رقم 207.

(7) Sirey 88، 2، 228.

يراجه حائزين متعاقبين لحق الصيد البري، بأن على من جاؤوا بعد غيرهم أن يتأكدوا قبل الصيد في الأراضي الموزعة سابقاً أنها حرة.

389 - مسؤولية الغير لا تقوم، من حيث المبدأ، إلا أن يكون على علم بالعقد في الآونة التي يبرم فيها مع العتين الاتفاقية التي هي في تمناع معه⁽¹⁾.

هل يستبعد هذا المبدأ أي مسؤولية على الغير عندما لا يعلم بوجود العقد إلا لاحقاً؟
يجيب قانون العمل سلباً على أساس المادة 122 - 15 من قانون العمل؛ إن المستخدم يكون مسؤولاً عندما يستمر في تشغيل عامل بعد أن يعلم أن هذا العامل كان ما يزال مرتبطاً لدى مستخدم آخر بعقد عمل. بيد أنه جرى بيان⁽²⁾ أن الأمر يتعلق بنص استثنائي وامتداده إلى مجالات أخرى يجب بالتالي استبعاده. غير أنه يبدو أن الحق الخاص الذي ينص عليه قانون العمل يمكن أن يمتد إلى العقود المتعاقبة جميعاً. وبالفعل ليس ثمة أي سبب لتفريق أن الغير الذي يستمر في انتهاك بند حصري، على سبيل المثال، بعد معرفته به، يمكن استنائه خلف ستار جهله الأولي للاستمرار في التكرار للعقد بلا عقاب. ولا يكون بالتأكيد مسؤولاً إلا من آونة معرفته الفعلية به.

ويمكن تفسير حكم صدر عن الغرفة الثانية في محكمة استئناف Aix في 15 آذار 1938 على هذا النحو⁽³⁾. كانت مديرة أحد الفروع ملزمة في عقد إدارتها بأن تستورد من شركة Lion d'Aries. وكان السيد Itier مع ذلك يورد للإدارة وطلبت شركة Lion d'Aries إلى السيد Itier الامتناع عن نموياته بكتاب موضح في 5 أيار 1932. ولكي تقلل محكمة استئناف Aix مسؤولية السيد Itier بحث عما إذا كان هذا الأخير قد استمر بعد هذا التاريخ في تموين المديرية لأن مسؤوليته لا يمكن أن تكون قائمة إلا أن يكون على علم ببند التوريد الحصري، وحكمت برد ادعاء المدعية لأنها لم تقدم الإثبات على التصرفات المؤخذ عليها بعد تاريخ 5 أيار 1932.

ج - الحالة التي تكون فيها المعرفة شرطاً غير كافٍ للمحجية.

390 - حواله الحق.

جرى نقاش حول مسألة معرفة ما إذا كانت المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني (إبلاغ المدين المحال عليه أو قبوله في عقد موثق) ضيقة قانوناً أم لا⁽⁴⁾.

(1) S. Ginossat, Liberté contractuelle, المرجع عنه، رقم 13، صفحة 30.

(2) P. Bertrand، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 108.

(3) Dalloz الأسبوعي 1938، صفحة 379.

(4) بعد الملاحظة أن هذه المعاملات لا مكان لها عندما يكون ثمة نال لعناصر فاعلة ومتغلة بصفة كلية، انظر النقض التبادلي في 18 كانون الأول 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 351، صفحة 386. إضافة إلى P. باتريس II، 1977 - 1978، صفحة 175. - Marty, Raynaud et Jestes, Les obligations، الجزء II، النظام، الطبعة الثانية، رقم 356.

طرح، تاريخياً، مسألة المعرفة في القانون الروماني منذ أن تخيلت الممارسة، كمكلف لعدم قابليته الديون، أسلوب التوكيل في ما هو من حق الشخص الذي كان وكالة يكلف فيها صاحب هذا الحق شخصاً ثالثاً بإقامة دعوى تعود إليه مع الإعفاء من تقديم الحساب⁽¹⁾. وجرى التساؤل عما إذا كان مجرد المعرفة بالتفرغ يقوم مقام الإبلاغ. أجاب بعض المؤلفين إيجاباً⁽²⁾ وبعضهم الآخر سلباً⁽³⁾. ويبدو أن الإبلاغ في القانون القديم يتجاوب مع اهتمام آخر تماماً غير الاهتمام بمعرفة المحال عليه بالتفرغ لأن الملكية لا تنتقل بمجرد الاتفاق وإنما بوضع الشيء في الحياة الحقيقية⁽⁴⁾. عندها جرى التمسك بأن الإعلام كان بالنسبة إلى المنقولات غير المادية يعادل الحياة في ما يتعلق بالمنقولات المادية⁽⁵⁾. وقد نبيل بعض المعلقين مع ذلك أن المعرفة يمكن أن تكون بديل عدم الإبلاغ⁽⁶⁾. بيد أنه، كما لوحظ، إذا كان نقل الحياة يستوجب ماهرة إرادتي شخصين فمن المستحيل اعتباره تماماً لمجرد معرفة المدين المحال عليه⁽⁷⁾. إن التطور اتخذ منحى زوال تطلب نقل الحياة، بحيث أن المعاملات المفروضة في المادة 1690 من القانون المدني ظهرت كبقاء شاذ لا يمكن أن يرتبط، إضافة إلى ذلك، بنقل الحياة الروماني، طالما أن المبدأ أصبح مبدأ عدم قابلية نقل الديون⁽⁸⁾. وينبغي أن تعني المادة 1690 من القانون المدني إذا أن الملكية لا يتم اكتسابها إلا أن يكون التفرغ قد أصبح علنياً، والعلنية ليست سوى نتيجة الإبلاغ والقبول العوثي (أو الأصل).

ويقبل الاجتهاد المعاصر بعض التنظيم. وهكذا ينظر إلى إبلاغ الدفع كمعادل للإبلاغ⁽⁹⁾. كما أن الإبلاغ عن طريق الطلبات فعال إذا كان يتيح إعلاماً صحيحاً للمدين

- (1) في ليل، 1909، صفحة 20 وما بعدها.
- (2) Campion المذكور سابقاً الذي يستشهد بـ Weil، التلحق 98، S. 1، 113.
- (3) Manuel élémentaire de droit romain، الطبعة الثانية منشورات Rousseau، 1898، صفحة 718، التلحق 1.
- (4) محكمة استئناف Caen، 4 كانون الثاني 1814، يوميات الكتابة العدل، 1820، البند 3241، صفحة 74، التي حكمت بأن تاريخ الإبلاغ هو الذي يعطي التفعيل وليس تاريخ العقد لأن الإبلاغ يجري نقل الحياة. وأضافت المحكمة أنه بإعطاء الأفضلية لتاريخ العقد «خالفته المحكمة قواعد القانون القديم المحدد بالاجتهاد الروماني والمكرس في القانون المدني».
- (5) Campion، الأطروحة الأتفة الذكر، صفحة 26، وهو يفسر هكذا صياغة المادة 108 من بلدية باريس: «مجرد النقل لا يكفي، يجب إبلاغ النقل للمقرض بتسليمه نسخة عنه». وكذلك P. Raynaud، Les contrats ayant pour objet une obligation، محاضرات في مبلوم الدراسات المعقدة، باريس II، 1977 - 1978، صفحة 179.
- (6) ومن بينهم D'Espeisses، مؤلفاته، الباب I، في الشراء، القسم II، صفحة 17، تأليف Campion، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 28 وصفحة 29.
- (7) Campion، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 29.
- (8) Campion، الأطروحة الأتفة الذكر، صفحة 31.
- (9) النفس التجاري، 18 شباط 1969، Dalloz، 1969، صفحة 354.

المحال عليه⁽¹⁾، وأيضاً قبول التفرغ في عقد ذي توفيق خاص⁽²⁾.

غير أن الاجتهاد يرفض الأخذ بأن مجرد المعرفة يكفي لجعل التفرغ محتجاً به ضد المدين المحال عليه. وهكذا حكمت هيئة محكمة النقض بأكمل غرفها في حكم ملفت في 14 شباط 1975 «بأن إنجاز هذه المعاملة أو تلك من المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني لا يمكن أن يقدو غير مفيد لجعل التفرغ عن حق أو إيجار محتجاً به ضد المالك إذا كان قد عرف بهذا التفرغ وحسب وإنما كذلك إذا كان قد قبله بدون التباس»⁽³⁾.

كان الحكم يتعلّق بتنازل عن إيجار، أي تنازل عن العقد. على أن عموميته تقود إلى الأخذ بأنه يتعلّق بحالة حق معزولة⁽⁴⁾. والإسناد إلى المادة 1690 من القانون المدني هو، إضافة إلى ذلك، مؤشر جدي بهذا المعنى، والاجتهاد الحديث في هذا الاتجاه.

فالتفرغ بالتالي غير قابل للاحتجاج به ولا سيما ضد المدين المحال عليه. وحكمت الغرفة الثالثة في محكمة النقض أيضاً بشكل أوضح، في 12 حزيران 1985، استناداً إلى المادتين 1165 و 1690، «بأن حوالة الحق ليس لها مفعول إلا بين الفريقين، وبأن الغير، ولا سيما المدين المحال عليه، ليس في وسعه الاحتجاج به ولا التمسك به»⁽⁵⁾.

(1) النقض التجاري، أول كانون الأول 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 251، صفحة 189. - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض 8 تشرين الأول 1980، النشرة المدنية، I، رقم 249، صفحة 189.

(2) النقض التجاري، 15 تموز 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 157، صفحة 132، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 758، رقم 11، ملاحظة J. Mestre. - انظر غرفة المرافض، 6 كانون الأول 1876، Dalloz الموردي، 78، 1، 275 «يلغي ليكون الإبلاغ بإبلاغ التفرغ أن يعطي، كإبلاغ، خلاصة عن التفرغ الذي يجعل الظل أكيداً».

(3) النشرة المدنية، رقم 1 Dalloz 1975، صفحة 349، مجلة قصر العدل، 1975، 1، 342، ملاحظة Ph. H. Brault. - وليس الحل جديداً في الحقيقة، إذ يمكن أن يستند إلى سابقات منها حكم النقض المدني في 4 كانون الأول 1827، Sirey 1828، 1، 42، يوميات الكتابة العدل، 1828، البند 6487، صفحة 169. على أن أحكاماً أخرى يمكن التمسك بها على أنها تعاليل معرفة المحال عليه بالمعاملات الواردة في المادة 1690 من القانون المدني (Campion، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 49 وما يليها): النقض المدني في 13 تموز 1831، D.P. 31، 1، 242، غرفة المرافض، 17 آب، 1844، Sirey 48، 1، 48، غير أن المعرفة، في هذا الحكم، لم تكن سوى عنصر بين غيره من العناصر.

(4) انظر: Marty, Raynaud et Jestaz, Les obligations، الجزء 2، النظام، رقم 357، وهم يشهدون بالحكم كحوالة حق.

(5) النشرة المدنية، III، رقم 96، صفحة 173، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 349، رقم 8، ملاحظة J. Mestre. - إن الحكم، بسبب صياغته العامة، يبدو أنه يدين الفرضيات التي يدافع عنها Tropiong و Duvergier (وقد استشهد بهما Champion في أطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 42) واللتان يفرقان بين اثنين من الغير، المدين المحال عليه من جهة أولى، والغير الآخرين من جهة ثانية. إن مجرد علم المحال عليه بالتفرغ، بالنسبة إلى الأول، يكفي ليكون محتجاً به تجاهه، ولم يكن ذلك في هذه الحالة في مكان الغير الآخرين. وبالنسبة إلى الثاني أنه مبدأ حل عكسي يجب أن يتقلب. ويمكن التعليل بأن الغرفة المدنية في محكمة النقض في 24 كانون الأول 1894، يوميات الكتابة العدل 1895، البند 25598، صفحة 80، =

كما أن مجرد معرفة تفرغ سابق لا يكفي لمنع المتنازل له الثاني من إبلاغ المدين هذا النقل بشكل مفيد والغلب على المتنازل له الأول⁽¹⁾.

والمادة 12 - 2 من اتفاقية روما في 19 حزيران 1980، في قانون المجموعات الأوروبية، المتعلقة بالقانون المطبق على الموجبات العقدية، تحدد أن القانون الذي يوس (له) المتنازل عنه هو الذي يحدد الطابع القابل للتنازل، والعلاقات بين المتنازل له والمدين، وشروط حجية التنازل تجاه المدين والطابع التحريري للتقديم الذي يقوم به المدين⁽²⁾. وتثير صياغة النص بالضرورة مسألة معرفة ما هو القانون الذي يجب أن يوس حجية التنازل في وجه الغير ما عدا المدين، المتنازل له الثاني على سبيل المثال. وهذا النص بالفعل لا يستهدف سوى حجية التنازل تجاه المدين المحال عليه.

391 - الكميالة غير المقبولة.

بمقتضى المادة 116، الفقرة 3، من قانون التجارة «تنقل ملكية مقابل الوفاء حكماً لحاملي الكميالة المتعاقبين». ويبدو أن هذه المادة تشمل الأوضاع كافة طالما أنها لا تفرق بين أن تكون الكميالة مقبولة أم لا. وبالفعل حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض في عامي 1970 و 1982 بأن نقل ملكية مقابل الوفاء كان مستقلاً عن قبول المسحوب عليه. وبالتالي يتم النقل في تاريخ تسليم السند إلى المتأجر أو تظهيره⁽³⁾. وجرى الاستنتاج من ذلك أن الحق الذي يعود إلى الحامل يكفي لمنع دائني الساحب من حجز مقابل الوفاء الموجود لدى الغير بين يدي المسحوب عليه⁽⁴⁾.

بيد أن محكمة النقض عدلت اجتهداتها ابتداء من عام 1984⁽⁵⁾. ففي حكم أول في 6

حكمت بأن مجرد علم دائني الحرالة بالحرالة الحاصلة، في غياب غش هؤلاء الدائنين، لا يكفي لجعل النقل محتجاً به فلهذا (حكم واضح إلى درجة أنه يمكن اعتباره حكم نقض). إن حكم 12 حزيران 1985 يثير مع ذلك صعوبات. وبالفعل حكمت أحكام أخرى بأن عدم إتمام المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني لا يجعل «المتفرغ له غير مقبول لمطالبة المدين المحال عليه بتنفيذ موجهه عندما لا يكون هذا التنفيذ قابلاً لأن يشكل عائقاً لأي حق حدث منذ ولادة الدين على المدين المحال عليه أو على شخص آخر أجني عن الحرالة» (النقض المدني في 26 شباط 1985، مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، II، 20607، تعليق B. Petit، وهو غير منشور في النشرة الرسمية، وقد استشهد به أيضاً J. Mestre، الملاحظة المذكورة سابقاً)، انظر حول هذه المسألة Marty, Raynaud et Jestaz المذكورين سابقاً، رقم 365.

- (1) النقض المدني في 19 آذار 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 137، صفحة 106.
- (2) اتفاقية نشرت بالمرسوم رقم 91 - 242 في 28 شباط 1991، Dalloz، 1991، صفحة 171.
- (3) النقض المدني في 14 كانون الأول 1970، Dalloz، 1972، صفحة 1، تعليق B. Bouloc. - النقض المدني في 19 تشرين الثاني 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 374، صفحة 314، Dalloz، 1983، صفحة 246 من التقرير، ملاحظة M. Cabréillac. كان الحامل، في هذه القضية الأخيرة، مظهرًا له ومرتبطًا.
- (4) Rüpert et Roblot، الجزء II، المذكور آنفاً، رقم 19791.
- (5) لمة أحكام منذ عام 1973 نقل أن صاحب كميالة غير مقبولة يحتفظ بحق المطالبة بدينه على المسحوب عليه. انظر: Rüpert et Roblot، المرجع عنه.

حزيران 1984 حكمت الغرفة التجارية بأن إشعار الغير المدين الموجه إلى المسحوب عليه بكمبيالات غير مقبولة قبل استحقاقها كان مفعوله خسارة مقابل وفاء المصرفي الذي سبق أن حسم هذه الكمبيالات⁽¹⁾. وحكمت في 4 كانون الأول 1984⁽²⁾، في نزاع بين مقاولين من الباطن والمصرف الذي أجرى حسم كمبيالة غير مقبولة، بأن على المحاكم، للحكم لصالح المدعي بالدفع على المقاولين من الباطن، أن تحدد أن الدعوى المباشرة لهؤلاء المقاولين جرت ممارستها قبل تاريخ استحقاق الكمبيالة، وهو تاريخ انطلاقاً منه، وفي غياب أي عناية من قبل المصرفي الذي أجرى الحسم، كان مقابل الوفاء الناجم عن السند، حتى غير المقبول، مكتسباً لهذا المصرفي⁽³⁾. إن ذلك يعني التأكيد، عن طريق الاستدلال بالضد طبعاً، أن مقابل الوفاء قد نقل مبدئياً في يوم الاستحقاق⁽⁴⁾.

وحكمت الغرفة التجارية ذاتها بعد ذلك في 18 آذار 1986 في حكم نقض «بأنه ينجم عن المادة 116 من قانون التجارة أن الحسم، قبل استحقاق الكمبيالة غير المقبولة، لا يجعل دين الساحب على المسحوب عليه غير القابل مستحيلاً لصالح الغير الحامل الذي لم يمنح المسحوب عليه من الدفع»⁽⁴⁾. والمقاصة ممكنة بالتالي حتى الاستحقاق.

يمكن أخيراً وعلى وجه خاص الاستشهاد بحكم 10 كانون الثاني 1989 الذي قضى بأن «الغير الحامل ليس له الحق إلا بمقابل الوفاء الذي يمكن أن يكون موجوداً بين يدي المسحوب عليه عند الاستحقاق، وأن المسحوب عليه غير القابل بإمكانه التعرّض قبل استحقاق الكمبيالة بدفع دينه للساحب، حتى ولو كان المسحوب عليه قد علم بوجود السند إلا أن يكون الغير الحامل قد منعه من التحرر»⁽⁵⁾.

وهذا الحكم الأخير يثبت بدون لبس أن المعرفة بالكمبيالة من قبل المسحوب عليه غير القابل لا تكفي لجعل مقابل الوفاء غير قابل للتصرف به، مما يعني القول إن الكمبيالة غير قابلة للاحتجاج بها تجاه المسحوب عليه غير القابل.

وينبغي، حسب الاجتهاد، وجود عنصر آخر لجعل الكمبيالة محتجاً بها في وجه المسحوب عليه: نهاية الساحب، أي منع دفع المبلغ من الحامل إلى المسحوب عليه غير

(1) النشرة المدنية IV، رقم 186، صفحة 154 Dalloz 1985، صفحة 31 من التفهيم، ملاحظة M. Cabréille.

(2) Dalloz 1985، صفحة 181، النشرة المدنية، IV، رقم 329، صفحة 287.

(3) عندما تكون الكمبيالة مقبولة يتخلل المصرفي أي كان تاريخ ممارسة الدعوى المباشرة، انظر النقض التجاري، 18 شباط 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 17، تقرير محكمة النقض، صفحة 171 وصيغة 172.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 50، صفحة 43 Dalloz 1987، صفحة 291 من الموجز، ملاحظة M. Vasseur. وبالمعنى ذاته، النقض التجاري، 7 تشرين الأول 1987، Dalloz 1988، صفحة 61 من الموجز، ملاحظة M. Cabréille.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 13، صفحة 7.

المخاض مع ذلك لأي شكل خاص⁽¹⁾.

واعتبر الفقه والاجتهاد أن ثمة معاملة أخرى معادلة تركز على تخصيص خاص لمقابل الوفاء. ففي عرف Lescot والعميد Roblot⁽²⁾ «يكون ثمة «تخصيص خاص لمقابل الوفاء» عندما يبدي الساحب، منذ إصدار السند، إرادته في تنسيب مبلغ الكمبيالة إلى دين محدد يملكه، في هذا اليوم، هذا المسحوب عليه». ويحلل هذان المؤلفان هذا التنسيب كنتنازل حقيقي في وقته، ويستنتجان من ذلك أن «التنسيب الخاص يجمد لصالح الحامل الدين المعد، عند الاستحقاق، لخدمة مقابل الوفاء للكمبيالة»⁽³⁾. وبكلمة واحدة يخرج مقابل الوفاء، بموجب التنسيب الخاص، نهائياً من ذمة الساحب المالية مع جميع النتائج التي يفرضها ذلك.

وكان حكم 28 شباط 1962⁽⁴⁾ قد اعترف بأن معاملة التنسيب الخاص هذه قانونية. وفي هذه القضية جرى التمسك بأن مقابل وفاء كمبيالة غير مقبولة جرى تنسيبه بشكل خاص. وقد رد قضاة الأساس هذا الادعاء. فتم تقديم طعن. جرى رده، إلا أن محكمة النقض بينت «أن محكمة الاستئناف، برفضها في هذه الظروف قبول وجود تنسيب خاص مزعوم، وبالتالي؛ ولعدم وجود ذكر في هذا الشأن في السند، يعود إلى قضاة الأساس تقدير قيمة عناصر الإثبات المقدمة لهم ومداها، لم تفعل سوى استخدام سلطتها السيدة».

وهذا يعني بالضرورة أن التيب الخاص لمقابل الوفاء معاملة قانونية وفعالة ما دام أنها تقود إلى الاعتراف بأن الكمبيالة محج بها تجاه الغير.

II - محاولة تركيب

392 - ينبغي التساؤل عما إذا كان بعض الحلول المقدمة يخضع لمنطق معين. وبعبارة أخرى، هل هناك مبادئ موجهة تتيح أن يحدد مسبقاً ما هو الدور الصحيح الذي يجب أن تقوم به المعرفة في إكمال حجية العقد؟.

إن المسألة دقيقة إلى درجة يبدو أن المشرع قد حلها حالة بعد حالة، بقطع النظر عن طبيعة الحقوق التي هي موضوع العقد. وهكذا يمكن التحقق في ما يتعلق بنقل الديون من أن المادة 1690 من القانون المدني، وزمناً عن القوانين العصرية المتحررة من الشكلية، تبقى كما هي.

ويبدو في مقاربة أولى أن القانون الوضعي يسعى بثبات إلى توازن معدّ للتوفيق بين

(1) Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droits du crédit (124).

(2) Les effets de commerce، الجزء I، 1953، رقم 411.

(3) المرجع عنه، رقم 412.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 134، صفحة 108.

المصالح المشروعة المتنازعة بالضرورة. فليست المعرفة إذاً سوى وسيلة، بين غيرها، لحل هذه المتنازعات. وهي تصلح، إضافة إلى ذلك، لتقويم درجة حسن نية الغير أو سوء نيته، مما هو دقيق بصورة خاصة ما أن يتعلق الأمر باعتباره مسؤولاً⁽¹⁾.

ولكن هل يمكن الذهاب أبعد من ذلك؟ وبصورة أدق هل يمكن الأخذ بأن المعرفة، من حيث المبدأ، شرط لحجية المقد ضد الغير أم يجب، على العكس، الأخذ بأن المبدأ يكمن في القولين الماثورين الأسبق زماناً هو المفضل في القانون، ولا يستطيع أحد أن يعطي أكثر مما يملك؟.

إن دور المعرفة في الحقيقة لا يمكن أن يفهم إلا بالنسبة إلى المعافيل التي ينشأ العقد نجاها الغير.

وبالتالي يبدو من الممكن التفريق بين ثلاثة أوضاع: إما أن لا يتعدّل الوضع بمقتضى العقد بالنسبة إلى وضعه السابق، وإما أن يصيبه مجرد تحريف، وإما أن يتفاقم.

393 - المعرفة مبدأ لا طائل تحته عندما لا يتغير وضع الغير.

إن دراسة أنماط نقل الموجبات هي التي، تناقضياً، تنبج استخلاص المبدأ.

ففي حالة التفرغ Dailly يقع عبء تحصيل الدين عادة على المتفرغ الذي يتصرف حينذاك بصفات وكيل الضرع السابقة⁽²⁾. من المهم إذاً أن يتم إعلام المدين بالتفرغ إذ إن عليه دائماً أن يبرأ بين يدي المتفرغ.

ويمكن الأخذ، كإثبات مضاد، بأن المتنازل له، عندما يتصرف مباشرة وبشكل مفيد، ضد المحال عليه، عليه إخطاره بتظهير الدفع بين يدي موقع الجدول (المادة 5 من قانون 2 كانون الثاني 1981). فالقانون ينص على أن الإخطار يجب أن يتضمن إلزامياً البيانات المبنية بعروض⁽³⁾. ويمكن التقدير تجاه هذا التطلب الشكلي إن مجرد معرفة المدين بالمحال عليه كاف، حتى ولو كان الإخطار يمكن القيام به بالوسائل جميعاً⁽⁴⁾. والشكلية لا بد منها لأن وضع المدين قد تفاقم، وبالفعل لن يتحرر، اعتباراً من الإبلاغ، بشكل صحيح إلا لدى مؤسسة الائتمان (المادة 5).

ومعرفة المدين غير مفيدة على وجه العموم في حال نقل الدين إلى صندوق الدين المشترك (تسديد الديون)، لأنه، استناداً إلى المادة 36، الفقرة 1، من قانون 23 كانون الأول 1988، «يستمّر تحصيل الديون المتفرغ عنها في أن يكون مؤمناً من قبل المؤسسة المتفرغة،

(1) انظر بصورة خاصة ملاحظات Demogue، المرجع عنه، الرقم 372 السابق.

(2) انظر: Ripert et Roblot، الجزء 2، رقم 24287 «بإمكان المدين المحال عليه الذي غالباً ما يجهل الحوالة أن يدفع للمحيل وعليه القيام بذلك، وهذا الدفع يحرره».

(3) حالياً المرسوم رقم 81 - 862، 9 أيلول 1981.

(4) المادة 2 من مرسوم 9 أيلول 1981.

ضمن شروط محددة في اتفاقية معقودة مع شركة إدارة صندوق الديون المشترك⁽¹⁾. فالتفرغ إذا لم يعدل وضع المدين. لا شك في أن القانون ينص على إعلام المدين بموجب كتاب، بيد أن هذا الإعلام ليس شرطاً للحجية المحددة بالتاريخ المسجل في الجداول. والبيئة المضادة منصوص عليها في المادة 36، الفقرة 2، من القانون. ويمقتضى أحكام هذا النص قبول المدين مفروض عندما ينافى تحصيل الديون بشخص غير المؤسسة المتفرغة، وفي هذه الحالة يجب أن يتم القبول خطياً في أونة نقل هذا التحصيل. وتظهر معرفة المدين المحال عليه، هنا أيضاً، غير كافية بالنسبة إلى الشكلية. والسبب هو أن وضع المدين قد تفاقم طالما أن عليه التحرر لدى أيدي أخرى غير يدي الدائن الأولي.

ومعرفة الغير ليست مفروضة أيضاً عند نشوء الحق. وهذا هو، على وجه الخصوص، حالة تفويض الدين والاشتراط لمصلحة الغير. فوضع الغير، في الواقع، لم يتعدل، إذ عليه مراعاة العقد، بيد أن هذا العقد لا يفرض عليه موجب الفعل ولا موجب عدم الفعل. ضير أنه إذا كان العقد يسبب له ضرراً فبإمكانه فسخه عن طريق الدعوى البوليانية (أو البولصة)⁽²⁾.

ولدعم الرأي المدافع عنه يمكن بيان أن محكمة النقض حكمت بأن قيد الرهونات العقارية في الهامش المنصوص عليه في المادة 2149 من القانون المدني، للحلول الاتفاقية في الدين العقاري، لا يعاقب بالألحجية تجاه الغير. ولتسوية هذا الحل أخذت محكمة النقض بأن الحلول المتضمن تعديلاً في شخص حائز التسجيل لا يفاقم وضع المدين⁽³⁾ وذلك يعني القول إن إعلام الغير، في الواقع، عن طريق تقنية العلنية، لا طائل تحته ذلك بأن الحلول لا يؤدي إلى أي تعديل في وضع الغير.

394 - معرفة الغير شرط ضروري وكافي للحجية عندما يحرمه العقد من إمكانية، بفرض موجب عدم الفعل على وجه العموم.

يبين دراسة اشتراك الغير أن المعرفة شرط لمسؤولية الغير الشريك⁽⁴⁾. والأمور كذلك لأن العقد يتداخل مع كرامة حرية الغير. والقانون يجيز أن يحرم العقد من لم يكونوا فراقاً فيه

(1) انظر الرقم 465 اللاحق وما يليه.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، III، رقم 269، صفحة 152. - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 تموز 1987، النشرة المدنية III، رقم 145، صفحة 85، فهرس Defrénois، 1987، البند 34120، رقم 111، تعليق L. Aynès، مجلة القانون العقاري، 1988، صفحة 331، ملاحظة Ph. Simler. - الغرفة المدنية الثالثة، 20 كانون الأول 1988، النشرة المدنية III، رقم 246، صفحة 134، فهرس Defrénois، 1990، البند 34261، رقم 25، صفحة 447، ملاحظة L. Aynès. كان الأمر يتعلق في هذه القضية بحلول قانوني. وقام هذا الحكم بتحول في الاجتهاد، انظر الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 2 شباط 1982، 1982 Dalloz، صفحة 308، تعليق Franck، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 623، ملاحظة Giverson.

(3) انظر الرقم 386 السابق.

من الحرية، وإنما ينبغي أيضاً أن يكونوا على علم بالعقد ذلك بأن القاعدة الأولى تبقى قاعدة الحرية العقدية.

ويمكن أن يفقد موجب الامتناع، في بعض الحالات، إلى موجب إيجابي، أي عندما يتماقد الغير وهو جاهل وإنما يعلم لاحقاً بالعقد السابق. وهكذا على المستخدم نسخ عقد العمل عندما يعلم أن مستخدمه كان مرتبطاً ببند عدم النافذة مع مستخدمه القديم.

395 - معرفة الغير ليست كافية على وجه العموم عندما يفاقم العقد وضعه.

جرت الملاحظة أن معرفة المدين المحال عليه الشخصية، في مادة حوالة الحق، غير كافية لجعل الحوالة محتجاً بها تجاهه عندما يكون على المدين أن يدفع بين يدي المتنازل له⁽¹⁾ وإنجاز معاملة إضافية مفروضة عادة (إبلاغ الحوالة أو الإلهام بها، عدم الدفع أو قبول المدين). ويمكن التقدير أن ذلك لأن العقد يفرض عادة على الغير - المدين المحال عليه - أن يدفع للدائن الذي لم يكن من تعاقد معه⁽²⁾، ويتعير آخر نفرض الحوالة عليه موجباً إيجابياً؛ إنها تفاقم وضعه⁽³⁾.

والنقل عن طريق الحلول يشكل استثناء للقاعدة. على أن مدى الاستثناء لم يكن واسعاً عندما فرض الاجتهاد المعرفة كشرط لحجية الحلول. ويّين السيد Mestre، إضافة إلى ذلك، أن الفارق التليفي في الوقائع بين الحلول وحوالة الحق يقتلص⁽⁴⁾. ويقدر المؤلف أن هذا الحل كان مرضياً ومتراضاً مع تدخل تشريعي أول به بعضهم لإخضاع الحلول للعنية. وفي الواقع كان نوع من التوازن قد تحقق بين مصالح الحال والمدين. إلا أن محكمة النقض، بالتخلي عن مطلب المعرفة كشرط للحجية، جعلت هذا التوازن الهش مفقوداً على حساب المدين. لقد سعت ولا ريب إلى تعزيز حماية الحال، أي المكلف تحصيل الديون بشكل ملحوس، ولكنها ضحت تماماً بمصالح المدين الذي أصبح يخشى دفع الدين نفسه مرتين. وتأمل إذاً أن يتخلى الاجتهاد عن هذا المذهب الذي يخشى أن تكون نتائجه غير منصفة إلى حد كبير جداً.

كما ينبغي قبول استثناء ثانٍ للمبدأ في ما يتعلق بالتفرغ Daily. وبالفعل جرى نقاش في ما يخص بحجية الدفع بالمقاصة التي حصلت لاحقاً للتفرغ وإنما قبل إبلاغ المدين. وبالفعل إن رفض إعطاء المدين الحق في الاحتجاج على الدفع بالمقاصة يعني مفارقة وضعه في حين

(1) على وجه العموم لأن عدم إنجاز بعض المعاملات، المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني، في عرف بعض الأحكام، لا يمنع المتنازل له التصرف بأن يدفع ضد المحال عليه. انظر الرقم 390 السابق والتعليق الوارد فيه.

(2) قارن بـ Terré, Sierler et Lequette, Les obligations, الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، وهم يزعمون المعاملات الواردة في المادة 1690 من القانون المدني ببدل المفهوم النسبي للقرود.

(3) قارن بتحليل السيدين Malaure et Aynès، رقم 225، صفحة 710 ومايليها، وفي عرفهما أن معاملات المادة 1690 من القانون المدني هي إلزامية ما دام أن للمدين المحال عليه مصلحة في أن يبقى المحيل دائته.

(4) الاطرحة المذكورة سابقاً، رقم 433، صفحة 495.

أنه بقي جاهلاً بالتفرغ، والحال إنشاء، تجاه القاعدة التي تم إبرازها، نقاد على الأقل إلى فرض معرفة المدين لحرماته من هذا الحق.

وقد حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 18 تموز 1989، بأن المحال عليه بإمكانه الاحتجاج في وجه المتنازل له بالدفع بالمقاصة طالما أن التفرغ لم يبلغ نظامياً وأن شروط المقاصة قد تحققت قبل التفرغ⁽¹⁾ ولا يبدو من الممكن تفسير هذا الحكم بالاستدلال بالضد لكي يستنتج من ذلك أن الإبلاغ النظامي للتفرغ وحده له مفعول جعل الدفع بالمقاصة غير قابل للاحتجاج به في وجه المتنازل له⁽²⁾. ولحل هذه الصعوبة من المناسب السعي إلى التعليل انطلاقاً من القانون العام لحالة الحق بالتسك بالمادة 1295، الفقرة 2، من القانون المدني⁽³⁾. وتنص هذه المادة على أن: «التفرغ الذي لم يقبله المدين وإنما تم إبلاغه إياه لا يمنع إلا مقاصة الديون اللاحقة لهذا الإبلاغ». ويمكن الاعتقاد عند ذلك أن الإبلاغ الوارد في المادة 5 يحقق شكل إبلاغ معادل للإبلاغ الوارد في المادة 1295، الفقرة 2، من القانون المدني وقبول كون الإبلاغ يشكل عقبة أمام مقاصة الديون اللاحقة لهذا الإبلاغ. وفي شأن الديون السابقة يكون الدفع بالمقاصة محتجاً به تجاه المتنازل له، حتى ولو لم تجتمع شروط المقاصة إلا بعد الإبلاغ، فما هو أساسي أن يكون الحق في الدين موجوداً قبل إبلاغ التفرغ Dailly⁽⁴⁾. غير أن هذه الطريقة في الاستدلال لا تبدو مقبولة لأن مفعولها لن يكون جعل إبلاغ المدين شرطاً لحجية التفرغ. والحال أن فارق التفرغ عن الدين في القانون المدني، التفرغ Dailly، يأخذ مفعوله بين الفريقين ويبدو محتجاً به تجاه الغير في التاريخ المسجل في الجدول⁽⁵⁾ (المادة 4)، بحيث أن التفرغ Dailly، على سبيل استعادة تعبير السيد Vasseur، «منفصل بالنسبة إلى القانون المدني»⁽⁶⁾. ينبغي إذا تغليب المادة 4 من القانون وتقدير أن الدفع بالمقاصة لا يحتج به تجاه المتنازل له Dailly منذ يوم التاريخ المسجل في الجدول⁽⁶⁾، وهكذا هناك استثناء حقيقي للمبدأ.

- (1) النشرة المدنية، IV، رقم 227، صفحة 152؛ Dalloz 1990، صفحة 215 من الموجز، ملاحظة A. Honorat.
- (2) بهذا المعنى، A. Honorat، الملاحظات المذكورة سابقاً.
- (3) بهذا المعنى، Ripert et Roblot، الجزء 2، رقم 24288.
- (4) النقض التجاري، أول كانون الأول 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 251، صفحة 189 (القانون العام لحالة الحق).
- (5) تطبيق قانون Dailly، Dalloz 1982، العرض XL، صفحة 272 وما يليها، رقم 111 ملاحظة على حكم محكمة استئناف باريس، الغرفة 16 A، 13 أيار 1986 وحكم محكمة استئناف باريس، الغرفة الثالثة، 25 تشرين الثاني 1986، D. 1987، صفحة 144 من الموجز.
- (6) بهذا المعنى محكمة استئناف باريس، الغرفة 16 A، 13 أيار 1986، Dalloz 1987، صفحة 143 من الموجز، ملاحظة M. Vasseur - محكمة استئناف باريس، الغرفة الثالثة A، 28 حزيران 1986، Dalloz 1989، الموجز، ملاحظة M. Vasseur. وعلى نقض ذلك، محكمة استئناف باريس، الغرفة 26 B، 28 أيلول 1990، Dalloz 1990، صفحة 232 من التفرغ.

ويبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض لم تسر في هذه الطريق في حكمها بتاريخ 15 حزيران 1993⁽¹⁾. كانت إحدى الشركات قد تفرغت لأحد المصارف عن دين بشمن نقل كانت تحتجزه على شركة أخرى. وأبلغ المصرف، وتمسك المحال عليه في دفاعه في دعوى المصرف بالدفع بالتأخير في تنفيذ النقل وبالمقاصة الناتجة عن الدين الناشئ عن عدم التنفيذ. وردت محكمة الاستئناف هذا الادعاء بحجة أن المدين «ليس بإمكانه الاحتجاج في وجه المصرف الوطني ليأمر بدفع المقاصة طالما أن الدين المثار من قبله ضد شركة LCE (المتفرغة) نشأ بعد إبلاغ التنازل وفي تاريخه كان الدين قد خرج من الذمة المالية لشركة LCE ودخل في الذمة المالية للمصرف». وأخذت الغرفة التجارية، استناداً إلى المادة 6 من قانون 2 كانون الثاني 1981، «بأن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أن إبلاغ حوالة الحق، ما دام إن هذا التفرغ لم يتم قبوله، لا تضع عبء أمام ممارسته اللاحقة للدفع المبنية على علاقاته الشخصية مع المتفرغ، وبصورة خاصة على المقاصة بين الديون الملحقة التي سيكون بالتبادل حائزها، انتهكت» المادة 6.

وكما بين السيد Larroumet، «لا نرى، بداية، ما شأن القانون Dailly في ما يتعلق بحجية الدفع، ويبدو من الطبيعي أكثر تأسيس الحل على المادة 4 المتعلقة بحجية التفرغ تجاه الغير، وعلى وجه الخصوص تجاه المدين المحال عليه». إن المادة 6 لا تتعلق بقبول المحال عليه ومفاعيله. ويبدو إذاً أن دين المدين المحال عليه، في الحكم المعني، ضد المتفرغ، كان قد نشأ بعد التفرغ، يضاف إلى ذلك أن محكمة الاستئناف قصدت إبلاغ المتفرغ. ويمكن عندئذ الاستنتاج من ذلك أن التاريخ الذي يجب أن يقام له وزن لتحديد حجية الدفع بالمقاصة ليس التاريخ الوارد في الجدول وإنما تاريخ القبول غير الملزم مع ذلك على الإطلاق بالنسبة إلى المدين المحال عليه. غير أن تحليلاً منافصاً مباشرة لحرفية النص ومفهوم «الارتباط» لا يمكن أن يسوّغ ذلك لأن الدين المتمسك به لتسوية المقاصة نشأ بعد سريان التفرغ سواء في العلاقات بين الفريقين أو تجاه الغير (المادة 4). بيد أن الحل، تجاه المبدأ الذي تكون معرفة الغير بالاستناد إليه غير كافية على وجه العموم عندما يقام العقد وضع المدين، صحيح مع أن الإبلاغ يمكن أن يعتبر معاملة كافية (انظر المادة 1295)، الفقرة 2، من القانون المدني على سبيل المعاملة)، وربما يفسر ذلك الاستناد إلى المادة 6. على أن محكمة النقض، وفقاً لما سبق بيانه⁽²⁾، يبدو أنها لطفت قسوة التفسير الحرفي للقانون Dailly. وأكدت، إضافة إلى ذلك، تحليلها في 9 تشرين الثاني 1993، إذ حكمت «بأن

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 242، صفحة 172؛ Dalloz 1993، صفحة 495. ملاحظة C. Larroumet، انظر بهذا المعنى الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 شباط 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 51، صفحة 33 Dalloz. الأخذ بأنه من غير المهم أن يكون عدم تنفيذ العقد الذي بني عليه الدين المتنازع فيه قد ظهر لاحقاً لإبلاغ الحوالة.

(2) الطبعة الأولى، رقم 622، صفحة 616.

المدين، في حال حوالة الحق، وفي الشكل الوارد في قانون 2 كانون الثاني 1981، غير المقبولة منه، بإمكانه التمسك ضد المصرف المتفرغ له بالدفع بعدم تنفيذ المتفرغ موجباته، حتى ولو ظهر لاحقاً لإبلاغ التفرغ⁽¹⁾. وبينت الغرفة ذاتها، في حكم بتاريخ 8 شباط 1994، أن الديون كانت في هذه الحالة ملحقه⁽²⁾.

يبدو إذاً في النهاية أن مبدأ الترابط، المفهوم بشكل واسع على وجه الخصوص، يتيح الاعتماد عن حرفة القانون. وبالمقابل، وفي غياب الترابط، ينبغي أن يكون التاريخ الواجب الأخذ به التاريخ الوارد في الجدول. بيد أن ذلك لم يكن الحل الذي اعتمدته الغرفة التجارية. ففي 14 كانون الأول 1993 ردت طعناً ببيان «أنه لا ينتج عن الحكم ولا عن طلبات SGFA أن هذه الأخيرة تمسكت بأن الديون التي أثارت المقاصة المتعلقة بها كانت مترابطة مع الديون المتنازع فيها، وإلا، فإن الديون كانت قبل إبلاغ التفرغ قد أصبحت أكيدة وقابلة للتحديد ومستحقة، على اعتبار أن هذه الشروط الأخيرة ضرورية لكي تكون هناك مقاصة قانونية⁽³⁾». فالتاريخ الواجب الأخذ به إذاً لتحديد حجية الدفع بالمقاصة هو، في غياب الترابط، إبلاغ المدين المحال عليه، مما يعني فرض المعرفة الشخصية لهذا المدين. فمحكمة النقض إذاً لطفت إلى حد كبير القساوة الناتجة عن تفسير حرفي للمقانون Dailly بالتفريق بين نظام هذا التفرغ ونظام التفرغ في القانون العام.

ويمكن في أي حال، بيان أن الحرمان من حق الاحتجاج بالدفع المرتكز على العلاقات الشخصية بالمتفرغ لا ينجم إلا عن قبول. وتنص المادة 6 من القانون على أنه «يناءً على طلب المستفيد من الجدول بإمكان المدين الالتزام بأن يدفع له مباشرة⁽⁴⁾». والشككية لا بد منها هنا أيضاً، إذ يبين القانون: «أن هذا العهد يثبت، تحت طائلة البطلان، بمسند خطي يسمى: «عمل قبول التفرغ عن دين مهني⁽⁵⁾». ووضع المدين المحال عليه هو بفعل ذلك مفافم على وجه الخصوص. وبالفعل يماثل القانون بلا قيد أو شرط المدين المحال عليه بعدين صرافي بالأخذ في هذه الحالة «بأن المدين لا يمكنه أن يحتج تجاه مؤسسة الائتمان بالدفع المبنية على علاقته الشخصية بموقع الجدول، إلا أن تكون مؤسسة الائتمان، باكتساب الدين أو بطلبه، لم تتصرف قصداً للإضرار بالغير⁽⁶⁾»، وهذه المفاصيل تفسر رفض

(1) التقض التجاري، 8 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية IV، رقم 385، صفحة 280.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 35، صفحة 42.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 460، صفحة 342؛ Dalloz 1994، صفحة 269، ملاحظة C. Larroumet.

(4) يمكن أن يفتر القبول بتعطلات أو يكون شرطياً، انظر التقض المدني في 2 حزيران 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 215، صفحة 151. ومن الصحيح أن التفرغ Dailly ليس سنداً تجارياً.

(5) أن المسند الخطي الذي لا يستعيد الصيغة الجهرية للمادة 6 لا يمكن أن يؤدي إلى تطبيق مبدأ لاحجية الدفع، محكمة استئناف قرطبي، الغرفة 12، 28 كانون الثاني 1987، Dalloz 1988، صفحة 280، ملاحظة M. Vasseur. قارن صياغة المادة 8 بصياغة المادة 121 من القانون المدني.

(6) انظر بالنسبة إلى تطبيق صلب التقض التجاري في 3 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 370، =

الغرفة التجارية في محكمة النقض الأخذ بقول ممّبر عنه خفياً. وهكذا لا يتيح إقدام المدين على أن يبين للمصرف متأخراً أنه يعارض الفاتورة استنتاج التعهد بالدفع⁽¹⁾.

= صفحة 256، إلا أن الحكم يدعو إلى الفهم أن القبول الخاضع لبعض الشروط هو قانوني.
 (1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1893، النشرة المدنية، IV، رقم 243، صفحة 173.

القسم 2

العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً

396 - حجية العقد الذي يكون موضوعه حقاً عينياً⁽¹⁾ تخضع للمنطق عينه لحجية العقد الذي يكون موضوعه حقاً شخصياً، إن الأمر يتعلق دائماً بتأمين الفعالية التامة لاتفاق الإرادة المنظور إليه من وجهة نظر المتعاقدين تجاه الغير.

وسنعرض على التوالي الشروط العامة للحجية، ثم مفاعيل الحجية تجاه الخلفاء بصفة خاصة بسبب خاصيتها.

الفقرة 1 - الشروط العامة للحجية

397 - شروط حجية العقد الذي يكون موضوعه حقاً عينياً لا يمكن فصلها تجريبياً، بالاستقلال عن طبيعة الشيء الذي يشكل موضوع التقديم الموعود به. وهذا ما يفسر تنوع مبادئ الحل التي يعتمدها القانون الوضعي الذي يفرض التفريق حسبما يكون موضوع العقد حقاً عينياً عقارياً، أو حقاً عينياً مادياً أو كذلك ملكية غير مادية.

I - الحقوق العينية للعقارية

398 - من المهم في أول الأمر وصف مبدأ حجية العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً عقارياً. وهكذا سنرى أن الحجية لا تصطبغ بأحكام المادة 1165 من القانون المدني، مما يعني أن الغير لا يمكنه التلذذ بهذه الأحكام بصورة مفيدة.

وعليه يصبح من الممكن التطرق إلى مسألة دور العلنية كشرط للحجية.

(1) انظر: Weill، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 173 وما يليه، صفحة 306 وما يليها. - M. Billiau، L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel، in Les effets du contrat à l'égard des tiers، comparaison franco - belges، منشورات L.G.D.J.، 1992، صفحة 183 وما يليها.

١ - مبدأ حجية العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً عقارياً :

399 - سنفرق بين العقود التي تحقق نقل الملكية والعقود المتعلقة بالحقوق العينية الأخرى.

١) العقود التي يكون موضوعها نقل الملكية.

400 - مبدأ حجية العقود التي يكون موضوعها نقل الملكية العقارية تجاه الجميع.

تبين دراسة الاسترداد العقاري أن العقد ناقل الملكية هو بالطبع محتج به تجاه الغير^(١).

ينبغي أولاً التذكير بأنه ليس في القانون الفرنسي إثبات كامل لحق الملكية. فالعينية العقارية التي ينظمها مرسوم 4 كانون الثاني 1955، على غرار السجل المنظم في قانون 23 آذار 1855، لا ينشئ قرينة لا تدحض على الملكية ولا حتى قرينة عادية⁽²⁾. فأمين السجل العقاري (أو الشهر العقاري) لا يراقب حقيقة الحق وإنما فقط شكل العقد الذي يسجله. والمسألة التي طرحت كانت مسألة معرفة ما إذا كان المطالب، في نزاع الملكية، بإمكانه التمسك بعقد قانوني لم يكن فيه المدعى عليه (الحائز على وجه العموم) فريقاً فيه. أفلا تشكل المادة 1165 من القانون المدني عقبة أمام قبول هذا النمط من البرينة على الملكية؟

إن الجواب السليبي هو الذي فرض نفسه. فمعد القرن التاسع عشر قبلت محكمة النقض أن السند كان يمكن أن يتدرج به المطالب.

ورأت في حكم صدر في 22 حزيران 1864⁽³⁾ أن «العقود التي تصلح كسند إثبات هي التي تبرم بين مكتسب الملكية والبائع؛ وحق الملكية سيقى على الدوام مهزوزاً إذا لم تكن للعقود المعدة لإثباته قيمة إلا تجاه الأشخاص الذين هم فرقاء فيه».

وحكمت غرفة العرائض بصورة أوضح أيضاً في 15 تشرين الثاني 1897، «بأن إثبات حق ملكية المدعي، في مادة استرداد الملكية العقارية، يمكن إثباته، حتى عن طريق سندات لم يكن المدعى عليه فريقاً فيها، هو نفسه أو مورثوه»⁽⁴⁾.

ثم تعدلت الصيغة، في اتجاه التحديد الدقيق. وهكذا يمكن أن نقرأ في حكم 9 كانون

(١) انظر: J. Duclos الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 40 وما يليه، صفحة 61 وما يليها.

(2) انظر الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 نيسان 1981، النشرة المدنية، III، رقم 180 المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 168، رقم 4، ملاحظة C.I. Giverson. انظر التمهيد في الرقم 451 الملاحق.

(3) Dalloz الدوري 64، 1، 412، S. 64، 1، 349.

(4) غرفة العرائض في محكمة النقض، 15 تشرين الثاني 1897، Dalloz الدوري 98، 1، 138، بريميات الكتابة المعدل، 1898، البند 26477، صفحة 152 وما يليها.

الثاني 1901⁽¹⁾، الصادر استناداً إلى المواد 411 و 1165 و 1328 من القانون المدني، سبب التسويغ التالي: «من حيث أن من يطالب بحق الملكية يثبت حقه تجاه المعارضين جميعاً بتقديم السند الذي انتقل إليه، بدون أن يكون هناك ما يدعو، في هذا الشأن، إلى تطبيق القاعدة الواردة في المادة 1165 من القانون المدني التي بمقتضاها ليس للاتفاقيات مفعول إلا بين المتعاقدين». إن السند المشار إليه يمكن أن يكون عملاً ذا توقيع خاص⁽²⁾. ويمكن أن يتعلق الأمر بعقد ناقل أو إعلاني وحسب⁽³⁾.

ولم يعارض أحد في هذا الحل. وهكذا كان على الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في حكمها الصادر في 5 أيار 1982⁽⁴⁾، أن تذكر محكمة استئناف بأن من يتمك بكونه مالك عقار بإمكانه الاستناد، بصفة قرينة تجاه الغير، إلى سندات ناقلة للملكية أو معلنة هذه الملكية. وعليه انتهك المادة 1165 من القانون المدني الحكم الذي رفض طلب المطالب بحجة أن سندها ليست قابلة للاحتجاج بها ضد المدعى عليهم الذين لم يشتركوا هم أنفسهم أو مورثهم في هذه العقود.

401 - تسويغ «نزع اليد» الوارد في المادة 1165 من القانون المدني.

رغم أن الاجتهاد يستند بصورة خاصة إلى المادة 711 من القانون المدني⁽⁵⁾، فإن الفقه الإجماعي يفسر هذا الحل بالأخذ بأن «السند لا يُنظر إليه كاتفاقية، غير محتج بها تجاه الغير بهذه الصفة، وإنما كواقعة تثار بصفة قرينة ويمكن، بهذه الصفة، استخدامها من قبل القاضي ويدون تدخل المادة 1165 من القانون المدني»⁽⁶⁾.

ولكن أليس ثمة تناقض ما في هذا النموذج من الاستدلال يقود إلى الأخذ بأن المطالب، بالتمسك بسنده، «لا يطمح إلى جعل العقد ينتج مفعوله، وهو يكتفي بالاحتجاج في وجه خصمه بوجود عمل قانوني قائم سابقاً»⁽⁷⁾؟ لأنه ماذا هناك غير جعل العقد ينتج

(1) النقض المدني، 9 كانون الثاني 1901، يوميات الكتابة العدل، 1902، البند 22500، صفحة 18. استعيد سبب التسويغ المدني كلمة كلمة من قبل محكمة استئناف Douai، 15 كانون الأول 1909، يوميات الكتابة العدل، 1910، البند 28933، صفحة 682.

(2) النقض المدني، 27 كانون الأول 1865، Dalloz الدوري 86، 1، 5 - النقض المدني، 8 تموز 1874، Dalloz الدوري 74، 1، 336.

(3) A. Weill, Fr. Terré et Ph. Simler, Droit civil, les biens، الطبعة الثالثة، 1985، رقم 521.

(4) الشرة المدنية، III، رقم 116، صفحة 62، Dalloz 1983، صفحة 17 من التقرير، ملاحظة A. Robert.

(5) «تكتسب ملكية الأموال وتنقل عن طريق الخلافة، بالهبة بين الأحياء أو الهبة الإيصائية، ومفعول الموجبات».

(6) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français، الجزء III، الأهمال، تأليف M. Picard، الطبعة الثانية، منشورات L.G.D.J، 1952، رقم 362، صفحة 359. انظر كذلك A. Weill, Fr. Terré et Ph. Simler المذكورين سابقاً، رقم 521. B. Bouloc - موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الاسترداد، 1976، رقم 49 - J. Duclos الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 41، صفحة 63 ومقدمة 64.

(7) B. Bouloc، المرجع عنه.

مفعوله لمنع الغير من التكرار لفحواه بأن يفرض عليه مراعاته بالنية على وجوده وحدها؟ ليس العقد قابلاً للاحتجاج به تجاه الغير كواقعة، وإنما كعمل قانوني أنتج مفاعيل قانونية. وهذه المفاعيل القانونية هي التي لا يستطيع الغير التكرار لها. ويأخذ أحد المؤلفين الذي درس العلنية العقارية بصواب بأن «الحجة تجاه الغير بحق أو بعمل قانوني، تتوقف على فعاليتها التامة»⁽¹⁾.

ويمكن بيان أن الأمر لا يتعلق بامتداد قوة العقد الملزمة إلى الغير. فالعقد، بتحويله الحق العيني، يستنفذ مفاعيله فوراً⁽²⁾؛ ولا يمكن أن تكون ثمة مسألة قوة العقد الملزمة، وبالأحرى امتداد هذه القوة. وقد لوحظ، إضافة إلى ذلك، أن مدة فعالية العقد ينبغي عدم خلطها مع مدة فعالية الحق العيني الذي ينشئه العقد⁽³⁾. وبعبارة أخرى حتى الملكية أبدية، غير أن ذلك لا يعني أن العقد الذي ينقله هو نفسه علامة نزعة أبدية كهذه.

وإدخال تمييز بين العقد المعتبر صلاً قانونياً أو مجرد واقعة هو حشوي، إذ لا يضيف شيئاً، حتى أنه يبدو تاريخياً من المسموح به اكتشاف التفريق بين المفعول الملزم والحجة تجاه الغير⁽⁴⁾. ويبدو من الأصح القول إن العقد المعتبر في حد ذاته، بالمعنى التقني للتعبير توافق الإرادة العقد لإنتاج مفاعيل قانونية، هو الذي يحتج به تجاه الجميع.

ثمة شيء آخر هو تقدير قيمة هذا التوافق في النقاش القانوني وكذلك الشروط الاحتمالية لحجته. وهكذا حكمت محكمة النقض، في حكم مبدئي في 12 تشرين الثاني 1907⁽⁵⁾، لم يتم تكذيبه على الإطلاق، بأن التفضيل، في صدد الاسترداد العقاري عندما يقدم المدهي والمدعي عليه سندات صادرة عن مورثين مختلفين، ينبغي أن لا يعطى بالضرورة الصفة الأقدم؛ وعلى المحاكم أن تقضي وفقاً للظروف ولستندات القضية. بيد أن هذه القاعدة لا تعني أن قضاة الأساس ليس بإمكانهم إعطاء الأفضلية للسند الأقدم إذا بدا لهم مفضلاً حسب ظروف القضية⁽⁶⁾. فهم يملكون في هذا الشأن سلطة تقدير سيدة. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض أضافت في حكم صادر في عام 1907، أن المدعي عليه الذي يقدم سنداً غير ملزم بإثبات أنه اكتسب بالتقادم (مرور الزمن) ملكية العقار المتنازع فيه لكي ترد

(1) A. Fournier، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧ العلنية العقارية، 1988، رقم 1، اعتبار المهر.

(2) تحفظ في شأن موجبات الضمانات على مائق البائع، ضمان المهر الخفية وضمن ضد نزاع اليد.

(3) J. Pétel، Les durées d'affecité du contrat، أطروحة في مونبيلييه، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1984، رقم 10، صفحة 7 وصفحة 8.

(4) أنظر: A. Weill، Le principe de la relativité des conventions en droit privé: ستراسبورغ، 1938، موسوعة Dalloz، 839، ملحق M. Nast، رقم 99 وما يليه، صفحة 172 وما يليه.

(5) النقض المدني في 12 تشرين الثاني 1907، Dalloz 1908، ٩، 313، تعليق G. Ripert، بوميات الكتابة المدل، 1908، البند 29215، صفحة 167 وما يليه؛ Sirey 1901، ١، 388.

(6) Planiol et Ripert، تأليف M. Picard، المذكورين سابقاً، رقم 359، صفحة 355.

دعوى الاسترداد⁽¹⁾، مما يعني أن بإمكان المدعى عليه، بمجرد تسوية السند، دفع دعوى الاسترداد.

وهكذا نرى أن المسألة هنا ليست مسألة حجية السند وإنما مسألة تقدير مناسبة صلته بين الحجة والموضوع (أو قيمته)⁽²⁾، مما يفسر بسهولة أن القول المأثور الأول في الزمان هو المفضل في الحق يجب استبعاده. فالمسألة لم تعد العمل القانوني المفهوم كتوافق الإرادتين بشكل مجرد وإنما حقيقة الحق الجوهري الذي يفترض أن يكون العمل القانوني قد نقله. ولا يستبعد السند لأنه غير محتج به كسند، وإنما لأنه لم يؤثر أبداً في الفعالية بين الفرقاء فننتقل رويداً رويداً من حجية العمل القانوني إلى الحق الذاتي الذي يشرط حجية الاتفاق⁽³⁾.

402 - تؤكد محكمة النقض، بالمقابل، سمو السند المشترك بين الخلفاء على السند الخاص في النزاع الذي يواجهونه تجاه الحقوق الميئنة المختلفة.

هذا الوضع الأخير أقل تواتراً. فالنزاع يواجه أيضاً خلفين للمورث ذاته. بيد أن الحقوق العينية المنقولة هذه المرة تتناول عقارين مختلفين، أو إذا كانت تتناول العقار عينه يكون الأمر متعلقاً بحقوق عينية مختلفة لا متافئة.

ويتيح بعض أحكام محكمة النقض إشهار هذا الوضع وبيان كيف يتم حل النزاع في القانون الوضعي.

ففي حكم صدر في 4 تشرين الأول 1972 عن الغرفة المدنية الثالثة⁽⁴⁾، بيع الملك نفسه في عام 1949 لمكتسبي ملكية «ملكين متلاصقين منفصلين عن ملك واحد». «فقام نزاع بين مكتسبي الملكية حول تحديد ملكيهما وملكة قطعة تزيد عن خمسة هكتارات». فحكم قضاة الاستئناف لصالح أحد الفريقين، استناداً إلى حواجز معدنية تحدد ملكيته وملاحظة أن هذا الشخص «سجل قبل غيره السند الذي انتقل إليه من المورث نفسه وهو بالتالي مالك كامل الأراضي التي كانت في حوزة والده داخل السياجات المعدنية».

وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم لانتهاك المواد 1134 و 1341 و 1353 من القانون المدني والمادة 3 من قانون 23 آذار 1855 حول التسجيل المطبق في زمن هذه الوقائع. وأكدت من أجل ذلك «أن على القضاة، في سبيل حل الاستردادات العقارية، تطبيق سندات الفريقين عندما يحوزانها من مورثهما المشترك» و «إن أسبقية التسجيل، من جهة

(1) انظر بهذا المعنى حكم غرفة العرائض، 22 تشرين الثاني 1933، مجلة قصر العدل، 1934، 1، 140.

(2) انظر: J. Ducloux، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 6، صفحة 28، وصفحة 29 الذي يبين أن الحجية لا تستوجب أي تقدير لمناسبة البرهان المتلوع به للموضوع، انظر أيضاً الرقم 31، الصفحة 55، «البيئة مرادفة لمناسبة العلة بالموضوع، ومراعاة الغير للحجة».

(3) A. Weill، Le principe de la relativité des conventions en droit privé، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، موسوعة Dalloz، 1939، M. Nast، رقم 176، صفحة 312 في آخرها وصفحة 313 في أولها.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 495، صفحة 382.

أخرى، لا تسوي النزاع إلا أن يكون هذان الفريقان قد اكتسبا، من المورث نفسه، حقوقاً تنافسية على العقار عينه.

وفي حكم صدر في 4 شباط 1975 عن الغرفة ذاتها⁽¹⁾ في قضية كان فيها المالك ذاته قد أعطى مقدماً على التركة كلاً من ولديه Jean Antoine و Jacques Blaise قطع أراضٍ مختلفة تعود إليه بمقتد كتابة عدل في 3 حزيران 1834 و 3 حزيران 1846. وهذه العقود تعطي كلا من الموهوب لهما حقوقاً.. على الممر الضيق المستعمل بالاشتراك منذ ذلك الوقت، وهو يفصل قطع الأرض المخصصة لكل من الولدين». ونشأ النزاع بين خلفاء Jean Antoine، والرفاق Zucchetti مع خلف Antoine Biancheri، Jacques Blaise، تناول طبيعة الحقوق على هذا الممر الضيق. «ومن أجل الاعتراف للسيد Antoine Biancheri بارتفاق مرور وليس بحق ملكية على الشيوخ طالب بها، «أخذ القرار المطعون فيه» بأن الرفاق Zucchetti، وهم خلفاء Jean Antoine، «يجب الإعلان أنهم وحدهم مالكو الممر الضيق بموجب عقد اكتساب ملكية في 30 كانون الثاني 1906 يذكر صراحة حقهم في الملكية ويمكن بشكل صحيح الاحتجاج به في وجه Biancheri، طالما أن عقد 3 حزيران 1846 الذي يكتب منه حقوقه ينص على الاستعمال المشترك للممر الضيق من قبل الشقيقتين وبالتالي لا يعطيه سوى حق مرور».

وقد نفقت محكمة النقض هذا الحكم إذ ذكرت، استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني، «بأن على القضاة لحل الاسترداد العقارية أن يطبقوا سندات الفريقين عندما يستمدونها من مورث مشترك. واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، بدون مقابلة عقدي 3 حزيران 1834 و 3 حزيران 1846 الصادرين كلاهما عن.. المورث المشترك للفريقين، في حين أن عقد اكتساب الملكية في 30 كانون الثاني 1906 لا يمكن، أبداً كانت أحكامه، أن يعطي المكتسبين أكثر من الحقوق التي يملكها البالغون أنفسهم بموجب عقد 3 حزيران 1834، لم تعط حكمها الأساس القانوني».

وعلى قضاة الأساس كما ذكرت بذلك الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 4 كانون الثاني 1979⁽²⁾، في قضية استرداد الفرقاء فيها هم خلفاء المورث نفسه، تغليب العقد الأقدم، المشترك بين الفريقين، على السندات اللاحقة التي لم تعدل من جانب واحد النظام القانوني المقام سابقاً.

إن محكمة النقض أكدت في هذه الأحكام الثلاثة، تطبيقاً للمادة 1134 من القانون المدني، المفصول الملزم للعقود الصادرة عن المورث المشترك للمتقاضين. وكما لوحظ⁽³⁾

(1) النشرة المدنية، III، رقم 42، صفحة 33.

(2) D. 1979، صفحة 240 من التقرير.

(3) D. Tomasio، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول نيسان 1981، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، II، 1987 في النهاية. انظر بالمعنى عينه Giverson، ملاحظة في المجلة الفصلية للثانون المدني، 1983، صفحة 559.

«لا دخل للمادة 1165 في القضية ذلك بأن النزاع هو بين خلفاء مورث مشترك، ويقتضي التمسك بإعمال القوة الملزمة للعقود».

(2) العقود التي يكون موضوعها غير موضوع نقل الملكية.

403 - من الممكن تصنيف هذه العقود في فئتين، العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً تابعاً من جهة أولى، والعقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً مؤقتاً من جهة ثانية.

(1) الحقوق العينية التابعة.

404 - المقصود هو الرهن العقاري ورهن الحيازة العقاري.

405 - الرهن العقاري.

عرّفت المادة 2114 من القانون هذا الرهن بأنه «حق عيني على العقارات المخصصة

لتسديد موجب».

كانت القاعدة، تاريخياً، قاعدة حجية الرهونات العقارية بقوة القانون، بالاستقلال عن أي نشر. وهكذا كان الرهن العقاري المستر فعلاً كلياً في القانون الروماني⁽¹⁾ وفي القانون القديم⁽²⁾. وكان المبدأ إذاً مبدأ فعالية عقد الرهن العقاري بقوة القانون تجاه الجميع. وقانون 9 ميسيدور العام III (27 حزيران 1795) هو الذي نظم علنية الرهونات العقارية لأول مرة، إلا أن هذا القانون الناقص لم يطبق إلا نادراً⁽³⁾. ونظم قانون 11 بومير العام VII (أول تشرين الثاني 1798) بالصورة الأكثر فعالية علنية الرهونات العقارية وحافظ القانون المدني على مبدأ العلنية مع التخلي عنه لصالح النساء المتزوجات والأشخاص تحت الوصاية⁽⁴⁾. وصحح قانون 23 آذار 1855 وكذلك نصوص أخرى سابقة بعض الإقراط الناشئ عن الطابع المستر لهذه الرهونات⁽⁵⁾، ثم ألغى مرسوم 4 كانون الثاني 1955 هذه الرهونات المستترة بجعل مرتبتها متوقفة على تسجيلها⁽⁶⁾.

وفي ما يختص بالتفرغ عن الأقدمية، أي، حسب تعريف Becqué⁽⁷⁾، «بالاتفاقية التي يتفرع فيها دائن رهن عقاري إلى دائن آخر له رهن عقاري على العقار عينه عن المرتبة التي تعود إليه وبمفعوله يكون مفضلاً عليه»، وكانت القاعدة، قبل إصلاح العلنية العقارية في عام

(1) E. Petit, Traité élémentaire de droit romain, الطبعة الخامسة، 1906، رقم 252.

(2) Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف E. Becqué، رقم 694، والجزء XIII، رقم 771 وما يليه.

(3) Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف E. Becqué، المرجع منه موسوعة Dalloz، لمهرس القانون المدني، v الرهن العقاري تأليف P. Raynaud et A. Piedelievre، 1972، رقم 203.

(4) Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف E. Becqué، رقم 695.

(5) انظر حول هذه المسائل التاريخية جيمس، Planiol et Ripert، الجزء XIII، تأليف E. Becqué، رقم 780 وما يليه.

(6) انظر حول تطور الرهونات العقارية القانونية والنظام العام للرهن العقاري، التامبات.

(7) Planiol et Ripert، Traité de droit civil français، الجزء XIII، الطبعة الثانية، 1953، رقم 1304.

1955، بأنه لا يفضح لأي علنية بالنسبة إلى حجتيه تجاه الغير⁽¹⁾. واستخلص السيد Lewis من ذلك أن النظام كان يماثل نقل الملكية بمجرد التوافق⁽²⁾.

ومرسوم 4 كانون الثاني 1955 هو الذي، بتعديل المادة 2149 من القانون المدني، أخضع للعلنية التفرغ عن الأقدمية في شكل ذكر في هامش تسجيلات الرهونات العقارية الموجودة. وغدت هذه العلنية «الزامية» وضرورية لجعل التفرغ من أقدمية الرهن العقاري محتجاً به تجاه الغير⁽³⁾.

406 - رهن الحياة العقاري⁽⁴⁾.

تنظم هذا الرهن المواد 2085 إلى 2091 من القانون المدني. أنه «مقد يرض بمقتضاه المدين أو الغير عقاراً في الحياة حتى يتم دفع الدين بكامله مع الإجازة بجني الثمار لتسببها سنوياً إما إلى الفوائد إذا كانت متوجبة عليه، وإذا فاضت إلى رأس مال الدين، وإما إلى رأس المال فقط إذا لم تكن ثمة فوائد متوجبة»⁽⁵⁾. يكمن الفرق بينه ورهن الحياة العقاري في الرفع الفوري ليد المدين أو الغير الضامن عن العقار المخصص لضمان الدفع لصالح الدائن، مما يقرب رهن الحياة العقاري من رهن المنقول.

وقد جرت في القرن التاسع عشر مناقشة مسألة معرفة ما إذا كان الدائن حائز حق عيني. وهكذا جرت ماثلة رهن الحياة العقاري بمجرد تفويض للشار القادمة⁽⁶⁾. والرأي الذي تغلب اليوم هو رأي تخصيص الدائن بحق عيني حقيقي⁽⁷⁾.

وكان التقدير، قبل قانون 23 آذار 1855 حول تسجيل الرهن العقاري، أن التسجيل لم يكن مطلوباً للمحافظة على حقوق دائن رهن الحياة العقاري بسبب وضع الحياة الضروري بين يدي الدائن. «ألم يتم إخطار الغير بواقع الحياة ذاتها بأن الثمار لا تعود إلى مالك العقار؟ سواء استعلم لدى المدعى عليه أو قدم السندات، يبقى التمتع برهن الحياة العقاري

(1) النفس المدني في 21 أيار 1901، Dalloz، النووي 1901، 1، 321.

(2) L'opposabilité du droit réel، De la sanction judiciaire des droits، Economica، 1989، مقدمة P. Raynaud، رقم 261.

(3) النفس التجاري في 6 كانون الثاني 1987، الشرة المدنية، IV، رقم 5، صفحة 3، Dalloz، 1987، صفحة 375، تعليق L. Aynès، والرقم 452 اللاحق.

(4) R. Tendler، L'antichrèse، mythe ou réalité، Dalloz، 1989، المهرس XXII، صفحة 143 وما يليها.

(5) Pianiol et Ripert، الجزء XII، تأليف Berqué، المرجع عنه، رقم 280، صفحة 340.

(6) انظر يوميات الكتابة العدل 1839، الجند 10229، صفحة 12 وما يليها، نقاش مفصل يشهد به Bastia، 9 أيار 1838: «من حيث أن الدائن، من طريق رهن الحياة العقاري، لا يكتب إلا إمكانية الدفع له من طريق ثمار العقار الموهون، بدون أن يكتسب على هذا العقار أي حق عيني».

(7) Dalloz، فهرس القانون المدني، V، رهن الحياة العقاري، تأليف Robino، P، 1986، رقم 10، المؤلفون المستشهد بهم، ولا سيما Becqué، الجزء XII من مطول Pianiol et Ripert، رقم 300، صفحة 355 وصفاً 356، وهما يبرزان سلطة Pothier ووصف «رهن حياة المنقول أو الثابت» المرتبط برهن الحياة العقاري. ويفضي أن يهدف إلى ذلك حق التفصيل على الثمن المعطى للدائن.

والحيازة الرقمية التي هي الشرط الأساسي لحقه إخطاراً للغير كما حيازة المتمتع بحق الانتفاع أو صاحب حق الاستعمال أو المزارع أو المستأجر⁽¹⁾.

على أنه جرى بيان أن عدم فائدة التسجيل لا يعني أن العقد كان بعد ذاته قابلاً للاحتجاج به تجاه الغير، أي بمجرد وجوده⁽²⁾. يجب بالفعل الأخذ في الحسبان أن رهن الحيازة العقاري يدخل في فئة العقود العينية⁽³⁾. وعليه لن يتكوّن العقد قانوناً إلا أن يوافق مع نزاع يد منسباً الرهن. وبالتالي لن يكون محتجاً به ضد الغير إلا في هذا التاريخ.

بيد أن مبدأ الحجية لا يبدو أنه أعيد النظر فيه. وبالفعل ينبغي أن يبقى حاضراً في النعن أن العقد لا يمكن الاحتجاج به بصورة فعالة ضد الغير إلا أن تجتمع فيه جميع الشروط المطلوبة قانوناً لتكوينه. ويقول قاعلة معاكسة يعني أن تكون للعقد مفاعيل أكثر تجاه الغير لا يمكن التخلص منها بين الفريقين. وهكذا يتحلل عقد رهن الحيازة العقاري الذي لا يتبعه وضع الحيازة الحقيقية بين يدي الدائن أو الغير المتفق عليه كوعد يبرهن الحيازة العقاري⁽⁴⁾. ولا قيمة له على هذا النحو بين الفريقين. وبالتالي لا يعقل أن يساوي وعد كهذا رهن الحيازة العقاري تجاه الغير. فالحجية، كما جرى بيان ذلك، تقنية تتبع جعل العقد ينتج مفاعيله جميعاً، ومفاعيله وحسب⁽⁵⁾. فالطابع العيني للعقد هو إذاً بدون تأثير في مبدأ الحجية.

وقد فرض قانون 23 آذار 1855 تسجيل رهن الحيازة العقاري كشرط لحجيته في وجه الغير⁽⁶⁾ ولا سيما ذاتي الرهن العقاري⁽⁷⁾.

أما مرسوم 4 كانون الثاني 1855 فلا يستهدف رهن الحيازة العقاري بشكل صريح، وإنما يقدر أنه ضمن تكوينات الحقوق العينية العقارية التي أبرزتها المادة 28 - 1 منه⁽⁸⁾.

- (1) يوسبات الكتابة العدل، البند 10229، صفحة 17، نقاش مفصل.
- (2) M. Billiau, L'opposabilité des contrats relatifs aux droits réels، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 13.
- (3) P. Robino، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، V رهن الحيازة العقاري، 1986، رقم 8.
- (4) انظر حول صحة عود العقود العينية، تكوين العقد، رقم 450.
- (5) انظر الرقم 366 السابق.
- (6) المادة 2: «يسجل أهدأ: أولاً - أي عقد مكوّن لرهن الحيازة العقاري...» المادة 3: «لا يمكن أن تكون الحقوق الناتجة عن العقود العينية في المواد السابقة، حتى تسجيلها، محتجاً بها تجاه الغير الذي يملك حقراً على المقار وحافظ عليها وفقاً للقوانين».
- (7) انظر على سبيل المثال، حكم محكمة استئناف باريس، 12 كانون الثاني 1895، يوسبات الكتابة العدل، 1896، البند 25866، صفحة 134 Dalloz المجلد 96، 2، 57، تعليق Cezar - Bru Sirey 98، 2، 283، الذي حكم بأن ذاتي الرهن العقاري المسجلين على المقار قبل إنجاز التسجيل بإمكانهم حجز، كما يحل لهم وكما لو أن رهن الحيازة العقاري لم يكن موجوداً.
- (8) P. Robino المذكور سابقاً رقم 38.

ب) الحقوق العينية الأساسية الموقفة.

407 - لن نتطرق هنا للحقوق العينية الموقفة التي أقامها التشريع العصري، أي الإيجار للبناء (المنشأ بقانون 16 كانون الأول 1964) وإيجار إعادة التأهيل (المنشأ بقانون 31 أيار 1990)، لأنها لا تأتي بشيء في دراسة مبدأ الحجية، ومفعول ذلك تقليص فئة الإسناد إلى إيجار الحكر الحكمي وحق الانتفاع بالحقوق العينية العقارية.

408 - إيجار الحكر الحكمي⁽¹⁾ يعرف إيجار عقار يتلقى فيه المؤجر، لمدة لا يمكن أن تكون أدنى من 18 سنة وأكثر من 99 سنة، حقاً عينياً عقارياً يعطيه بعض الامتيازات هي امتيازات المالك مقابل عائدة سنوية لها طابع الزهيد. ومصدره روماني وكان مستعملاً في القانون القديم. ثم أصبح موضوع قانون 18 كانون الأول 1790، وإنما لم يدخل في القانون المدني⁽²⁾. ثم جرى تنظيمه لاحقاً بقانون 25 حزيران 1902 وتم تعديله في المواد 451 - 1 إلى 451 - 13 L. من القانون الريفي.

وغداة إصدار مدونة القانون المدني كانت طبيعته موضوع نقاش: هل يتعلق الأمر بحق عيني أو بمجرد حق شخصي قابل للتسجيل كرهن عقاري؟ وحسب محاكم النقض، إستناداً إلى التقليد، بأن حق الحكر الحكمي له طابع عيني⁽³⁾.

ولا يبدو أن أي نقاش تناول حجية إيجار الحكر الحكمي تجاه الغير. وبمقدار ما يكون إيجار الحكر الحكمي عقداً توافقياً يكون مبدأ الحل الحجية بقوة القانون، بدون أن تكون ثمة حاجة إلى تقليد حقيقي.

وقد فرض علنية هذا الإيجار، في أي حال، قانون 23 آذار 1855 وأصبحت العلنية اليوم إلزامية بمرسوم 4 كانون الثاني 1955.

409 - حق الانتفاع «هو حق التمتع بأشياء يملكها آخر كما المالك نفسه وإنما شرط المحافظة عليها» (المادة 578 من القانون المدني). إنه حق عيني عمري بشكل أساسي⁽⁴⁾

(1) *Planioi et Ripert, Traité de droit civil français*, الجزء III الطبعة الثانية، منشورات L.G.D.J.، 1952، الأرقام، تأليف M. Picard، الأرقام 1000 إلى 1002، صفحة 885 وما يليها.

(2) كان مقبولاً مع ذلك أن القانون المدني لم يدر إيجار الحكر الحكمي شرط أن لا يتجاوز 99 سنة. انظر *Planioi et Ripert*، الجزء III، تأليف M. Picard، رقم 1000، وكذلك بوسيات الكتابة العدل، 1821، البند 3888، صفحة 203، النقاش.

(3) *Planioi et Ripert*، الجزء III، تأليف M. Picard، المرجع فيه.

(4) المادتان 617 و 619 من القانون المدني. وهكذا، بالنسبة إلى محكمة النقض، لا يشكل تكوين حق انتفاع حق لصق الإعلانات على جدار عقار وضعه مالكه في نظام الملكية المشتركة من أجل بيعه حصصاً، ما دام العقد المكوّن الملكية المشتركة ينص على أن المالك يحتفظ بهذا الحق ألبداً مع إمكانية التفويض عنه للغير (الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1984، النشرة المدنية، III، رقم 16، صفحة 112، 1985، D.، صفحة 504، تعليق F. Zinati، مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، II، 20547، تعليق Barbirri).

قابل للرهن العقاري عندما يتناول عقاراً. وهذا ما يفسر أن مشرع عام 1855 أخضع تكوين حق الانتفاع بعوض بين الأحياء أو الموصى لهم لمعاملة التسجيل⁽¹⁾، وأصبحت العلنية مطلوبة تطبيقاً للمادة 28 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955.

وكانت هبة حق الانتفاع، قبل إنشاء العلنية، خاضعة لمعاملة التسجيل المية في المادة 939 من القانون المدني⁽²⁾. إلا أنه ينبغي، في ما يتعلق بإنشاء الرهن بعوض، على ما يبدو، تقرير أن مبدأ الحجية بقوة القانون واجب التطبيق⁽³⁾.

ب - دور العلنية.

410 - دور العلنية العقاري، كشرط للحجية، ظهر من دراسته التاريخية التي بينت أنه يجب التفريق بين ثلاث فئات من الأعمال، تسجيلات الملكية بعوض وإنشاء الرهن العقاري والهبات بين الأحياء.

١) دور العلنية في عقود البيع.

411 - كانت ملكية العقارات في القانون القديم تنتقل بالاستقلال عن أي شكل تسجيل لمعد البيع، ما عدا الاستثناءات المتعلقة ببعض الشكليات الرسمية للنظام الإنطاعي في البلدان المسماة بلدان رهن المنقول أو الثابت⁽⁴⁾.

ولم يعد القانون الوسيط فوراً هذه الحالة، طالما أن الملكية، في ظل قانون 9 مسيدور العام III (27 حزيران 1795) الذي نظم علنية الرهونات العقارية، كانت تنتقل بالاستقلال عن تسجيل عقد البيع⁽⁵⁾. ولم يفرض تسجيل العقود الناقلة للأموال والحقوق القابلة للرهن العقاري لتكون محتجاً بها تجاه الغير إلا قانون 11 برومير العام VII (أول تشرين الثاني 1798).

إلا أن مدونة قوانين نابوليون عادت إلى تقليد القانون القديم بدون تغطية صلب نقل الملكيات المحقق في ظل قانون برومير⁽⁶⁾. ولم تفرض التسجيل من أجل الحجية تجاه الغير في صدد نقل الملكية العقارية، وهذا ما حكمت به محكمة النقض في حكم *Pallès et*

(1) *Planioi et Ripert*، الجزء II، تأليف *M. Picard*، رقم 785.

(2) انظر حول دور علنية الهبات، رقم 413 اللاحق.

(3) لا يبدو ثابتاً أن هناك تنازعات قضائية حول هذه المسألة.

(4) انظر يرميات الكتابة العدل، الجدول التحليلي والألفبائي، 1808 - 1865، الجزء VI، v، التسجيل، رقم 2.

(5) انظر: *Planioi et Ripert*، الجزء XII، التأمينات المدنية، تأليف *E. Becqué*، الطبعة الثانية، منشورات L.G.D.J.، 1953، رقم 694، صفحة 726.

(6) النقض المدني، 28 حزيران 1816، يرميات الكتابة العدل، 1817، البند 2047، صفحة 217 وصفحة 218.

(7) النقض المدني في 11 تموز 1820، يرميات الكتابة العدل، 1821، البند 3828، صفحة 12.

Baudouin في 8 أيار 1810⁽¹⁾، مع الأخذ مع ذلك بتطلب تسجيل بعض الرهونات العقارية كشرط لحجيتها⁽²⁾.

اتجه القانون إذاً نحو ذهنية الحصرية بتسوية النزاع بين مكتسبي ملكية متعاقبين لمورث واحد بتطبيق القول المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق، ورأى السيد *Delvès* في ذلك أنه ليس سوى التعبير عن الحجية، ويخلص هذا المؤلف الحالة القانونية كما يلي: «الحل الأصلي للنزاع بين الحقوقي العينية ينتج عن تمفصل مبدئين أساسيين: مبدأ النقل بمجرد التوافق ومبدأ حصرية الحق العيني، ويرتكز على التطبيق غير المشروط قاعدة الأول زماناً هو المفضل في الحق»⁽³⁾.

وينتج عن هذا الاجتياح للتاريخ أن التسجيل (ولاحقاً العلنية العقارية) لم يتم سنة إلا لمعارضة مبدأ الحجية المطلقة وبقوة القانون للعقد الذي يتناول حقاً عينياً في المثال المذكور لحق الملكية.

يبد أن حماية الغير، على نقيض الأفكار المقبولة عموماً، لم يكن وحده السبب الحاسم الذي قاد المشرع إلى إقامة نظام العلنية كما يبين ذلك حق الرهن العقاري.

وقد بين السيد *Loussouarn* أن قانون برومير العام VII كان موضوعه الأساسي تأمين حماية ائتمان الرهن العقاري. فالمادة 26 تنص على تسجيل مال أو حق قابل للرهن العقاري. «إن إنشاء علنية نقل الملكية تم قبل أي شيء لكي يتاح لمالك عقار أن يجد أشخاصاً بقبول إقراضه مع رهن عقاري»⁽⁴⁾.

وقد رأينا أن واضعي مدونة القانون المدني استبعدوا التسجيل الإلزامي. والحال أن مفعول ذلك فقدان الخزينة رسوم تسجيل هامة⁽⁵⁾. ولحق الفرقاء على تسجيل عقودهم قررت المادتان 834 و 835 من مدونة الإجراء المدني لعام 1807 أن بإمكان دائني الرهن العقاري التسجيل حتى تاريخ تسجيل البيع الذي يوافق عليه المدين، حتى في مهلة خمسة عشر يوماً ابتداء من التسجيل⁽⁶⁾.

(1) *Sirey* 1810، 1، 1266؛ يوميات الكتابة المدل، 1810، البند 447، صفحة 138: «من حيث أن نص المواد 28 إلى 28 من قانون 11 برومير العام 7 الذي كان يفرض تسجيل عقود البيع لكي تغل إلى مكتسب الملكية الحقوق التي كانت للبايع على ملكية المقار المياح، وبما أنه حتى ذلك الحين لا تتيح له الاحتجاج بالعقد تجاه الغير الذي يقيد بالقانون، من أجل ذلك جرى إلغاؤها بالمادة 2182 من القانون المدني». 4.

(2) انظر الرقم 406 السابق.

(3) الأشرطة المذكورة سابقاً، رقم 164، صفحة 162، الأحرف المائلة في النص.

(4) المحاضرات المذكورة سابقاً، صفحة 124.

(5) يوميات الكتابة المدل، الجداول التحليلي والالتفاني، 1808 - 1885، الجزء IV، «تسجيل العقاري، رقم 12. وكذلك *Planiol et Ripert, Traité de droit civil français*، الجزء XIII، التأمينات العينية، تأليف *Beccuq*، الطبعة الثانية، منشورات L.G.D.J.، 1953، رقم 1106، صفحة 463.

(6) انظر حول هذا النظام *Planiol et Ripert*، الجزء XIII، تأليف *E. Beccuq*، رقم 1106، صفحة 453 و صفحة 454.

كان ذلك شكلاً من أشكال سقوط ذهنية المحصورة لحق مكتسب الملكية طالما أن التسجيل العقاري وحده بإمكانه وقف سريان تسجيل الرهونات العقارية (وإنما فقط بالنسبة إلى دائني البائع السابقين للبيع)؛ وهو مقوط يطلل باعتبارات ضريبية وحسب.

وسوّغت بعد ذلك اعتبارات مستمدة من حماية ائتمان الرهن العقاري مبدأ العلنية الإلزامية. وكما لاحظ السيد Loussouart⁽¹⁾، فت بهذه المشكلة إنشاء ائتمان عقاري إلزامي في عام 1852، ودور الائتمان العقاري هو الموافقة على قروض مع الرهن العقاري، ولا يمكن أن يعمل باطمئنان تام إلا أن تكون ثمة وسائل الاستعلام من عارض الرهن العقاري عن المالك. وكان ذلك سبب إصدار قانون 23 آذار 1855 المهم الذي نص على التسجيل العقاري لنقل المقاربات بعوض⁽²⁾.

إن قانون 23 آذار 1855 أعاد المبدأ الذي طرحه قانون برومير العام VII. وكان للتسجيل ثلاثة مفاعيل: تعزيز الملكية تجاه الغير، والحفاظ على امتياز البائع، والخدمة لتطهير الرهونات العقارية.

وكان نظام حجية العقود يعرض التي تتناول الحقوق العينية المقاربة بدون إتمام أي شكل من أشكال العلنية تجاه الجميع بقوة القانون قد انتهى بوضوح. وبين التطور التاريخي أن العلنية المقاربة للمقتل بعوض لم تنظم لضمان حجية عقد البيع تجاه الغير وإنما لكسر قاعدة الحجية بقوة القانون تجاه الجميع بهاجس ضريبي ولتعزيز دور علنية الرهونات العقارية⁽³⁾. وهذا الاعتبار الأخير قاد إلى تحديد دور علنية الرهونات المقاربة في رتبة تاريخية دائماً.

2) دور علنية الرهونات المقاربة.

412 - تنبج علنية الرهونات المقاربة للغير الاستعلام عن الائتمان الذين يمكن أن يعطيه لمدينه المحتمل. فرهان العلنية إذاً هو الائتمان.

ولهذا السبب أخفقت دائماً المحاولات في ظل النظام القديم لإقامة نظام علنية الرهونات العقارية، ذلك بأن الأمر النبيلة الكبرى، الفارقة في الدين، حرصت على عدم معرفة وضعها المالي الصحيح⁽⁴⁾. ومن المفيد، إضافة إلى ذلك، التذكير بأن مبدأ علنية الرهونات العقارية نفسه جرت مناقشته بشراسة عند الأعمال التحضيرية لمدرّنة القانون المدني⁽⁵⁾.

وهذه المدرّنة، كما رأينا، لم تعالج هذا الوضع إلا بشكل غير كامل⁽⁶⁾؛ بيد أنه من

(1) المحاضرات المذكورة سابقاً، صفحة 126.

(2) وهكذا قبل «إن العلنية المقاربة في الأصل تدبير انضباطي»، M. Lévis، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 236، صفحة 202.

(3) Planol et Ripert، الجزء XII، تأليف E. Beccuq، المرجع عنه، رقم 694، صفحة 725 وصفحة 726.

(4) انظر حول هذه المسألة Planol et Ripert، الجزء XII، تأليف E. Beccuq، المرجع عنه، رقم 695، صفحة 727.

(5) انظر الرقم 405 السابق.

الصحيح أن وجود الرهونات العقارية القانونية المستترة كانت مسوّغة بدوافع قوية للمعادلة والإنصاف كما بينَ Bécqué: «أعطت مدوّنّة القانون المدني لعام 1804 التفضيل لعديم الأهلية على مصلحة الغير، إذ قدرت أن إخضاع الرهن العقاري القانوني للتسجيل يعني عملياً وضع عديم الأهلية أمام استحالة التذرع بالتأمين القائم لصالحه وجعل حمايته وهمية: عديم الأهلية، من جهة أولى، جسدياً ومعنوياً خارج حالة القيام بالتسجيل بنفسه، ومن جهة ثانية ليس من العدل أن تلقى عليه نتائج إهمال مثله أو سوء إرادته. وقد رأى واضعو المدوّنّة أن الزواج والوصاية كانا وقائع عامة ومعروفة من الجميع ومن السهل على الغير معرفتها، وقدروا أنه يعود إليهم الاستسلام قبل التعامل»⁽¹⁾.

وقد انتقد المؤلف هذه الشروقات وبيّن أنه «إذا كانت مصلحة عديمي الأهلية جديرة بالمراعاة فإن المصلحة العامة تستحق على الأقل إقامة وزن لها؛ ونظام العلنية، مع التأمين الذي يدخله في الأهمال، ينبغي أن لا يحوي استثناء»⁽²⁾. ومرسوم 4 كانون الثاني 1855، بإلغائه الرهونات العقارية المستترة، غلب بالطبع وجهة النظر هذه.

إن هذا التذكير المختصر بالتاريخ يتيح تأكيد حصول استبدال مبدأ الحجية المطلقة تجاه الغير للرهن العلنية، أي التسجيل في سلب عمومي، تدريجاً بالمبدأ الأول للحجية المطلقة تجاه الغير للرهن العقاري، بالملاحظة أن العلنية ليست مع ذلك شرطاً لصحة الرهن العقاري بين الغريقتين. ويتميز آخر أن الخلاصة التي يمكن استخراجها هي النظرية المنطقية للخلاصة التي قادتنا إليها دراسة دور علنية عقد البيع: لم تنظم علنية الرهونات العقارية لضمان حجيتها تجاه الغير وإنما لكر قاعدة الحجية بقوة القانون من أجل إرضاء المصلحة العامة، أي حماية الائتمان.

3) دور علنية الهبات بين الإيجاب.

413 - التطور التاريخي.

كانت الهبات في القانون الروماني، حوالي القرن الرابع، خاضعة لمعاملة التسجيل عندما تتجاوز مبلغاً معيناً. وكانت تركز هذه المعاملة على التسجيل في سجلات عمومية وكانت مفروضة لتأمين الهبة. كان التسجيل مفروضاً في أول الأمر لمصلحة الواهب، باعتبار الهبة عبء أمام تبرعات مبالغ فيها. ثم سُوّغت بعد ذلك لمصلحة الغير⁽³⁾. وكان القانون القديم يخضع أيضاً هبات المتقولات أو العقارات للتسجيل⁽⁴⁾.

(1) الجزء XIII، رقم 771، صفحة 2 وصفحة 3.

(2) الجزء XIII، رقم 779، صفحة 10 وصفحة 11.

(3) E. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, الطبعة الخامسة، 1906، رقم 423، صفحة 428. انظر أيضاً حول نظام التسجيل، Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*، الطبعة الثانية، 1898، صفحة 918 وصفحة 919. وكذلك S. Cloussier, *Liberté contractuelle*، المرجع عينه، رقم 17، صفحة 39 وما يليها.

(4) انظر بوميات الكتابة العدل، الجردود التعليلي والألفبائي، 1808 - 1865، الجزء IV، ٧، تسجيل الهبات «

أما مدونة قوانين نابوليون فقد اتسمت بنزعة معاكسة للنزعة الملاحظة في شأن البيع. وبالفعل، إذا كان من المقبول، في المادة 938، أن «الهيئة المقبولة حسب الأصول تكون تامة بمجرد رضا الفريقين، وملكية الأشياء الموهوبة تنتقل إلى الموهوب له، بدون أن تكون ثمة حاجة لنقل آخر»، فقد أخضعت، بالمقابل، الحجية ضد الغير لبعض الهيئات بين الإحياء لإتمام معاملة التسجيل العقاري⁽¹⁾، مع إلغاء معاملة التسجيل التي تشكل استعمالاً مزدوجاً. كما نصت المادة 841 في صياغتها الأولية على أن «عدم التسجيل يمكن أن يحتج به أي شخص له مصلحة، ما عدا الأشخاص المكلفين بالعمل على إجراء التسجيل أو خلفاءهم، والواهب».

وبقي هذا النظام بعد نبي قانون 23 آذار 1855. وليس ثمة كلفة في الأمر الاشتراعي بتاريخ 7 كانون الثاني 1959 الذي اقتصر على استبدال بتعبير «نشر» في المادة 939 بتعبير «تسجيل عقاري».

414 - تفسير نظام علنية الهيئات بين الإحياء الذي يتناول الأموال القابلة للرهن العقاري.

من المدهش حقاً الثبت من أن نظام حجية العقد الذي يكون موضوعه نقل حق عيني، في مدونة قوانين نابوليون يتوقف على طبيعة العقد الذي ينقله. ومصدر هذه الدهشة واقع عدم وجود أي فارق في الحقيقة من حيث الطبيعة بين حق ملكية منقول بمفعول البيع وحق ملكية منقول بمفعول هبة. ولا يمكن البحث عن التفسير إلا في طبيعة العقد.

وتعتبر القول إن حماية الواهب هي التي تسوّغ القاعدة، ذلك بأن عدم مراعاة التسجيل العقاري، بخلاف التسجيل الروماني، لا يعاقب ببطلان الهيئة ولا يستطیع الواهب، كما خلفاءه الكليون، النزوع به⁽²⁾. فهل يتوجب إذاً الأخذ بفكرة أن نظام هذه العلنية لا يتوافق

= العقارية، الأرقام 1 إلى 3. هناك ذكر في الرقم 3 أن عدم التسجيل، في القانون القديم، كان سبباً لبطلان الهيئة، بيد أن Baudry، في الطبعة الخامسة من موجه في القانون المدني (1895)، كان يعلم أنه لم يكن مطلوباً إلا لضمالية الهيئة تجاه الغير، التي يشكل ورثة الواهب قريباً فيها (رقم 481، صفحة 336)؛ وهنا الرأي يتسكك به مع Collin في الطبعة الثالثة من مطوّلهما في الهيئات بين الإحياء والرعايا (الجزء 1، 1905)، رقم 1363، صفحة 608.

(1) كان الأمر متعلقاً بهيئات بين الإحياء لأموال قابلة لتسجيل الرهن العقاري (المادة 939 من القانون المدني). وعليه كانت الهيئات التي تتناول منقولات مستعينة من الشكلية. وبالنسبة إلى فرض شروط تطبيق هذا النص، يرميات الكتاتبة المعدل، الجدول التحليلي والألفبائي، 1808 - 1865، الجزء IV، ص، تسجيل الهيئات. رقم 7 وما يليه، وكذلك Lacantinerie - Baudry، المرمز المذكور سابقاً، رقم 477 وما يليه، صفحة 335 وما يليها و Baudry - Lacantinerie et Collin، Traité théorique et pratique de droit civil، Des donations et des testaments، الجزء I، الطبعة الثالثة، 1905، رقم 1371 وما يليه، صفحة 611 وما يليها. انظر حكم غرفة المرافض في أول آب 1878، Dalloz، الدوري 79، 1، 169 Sirey 79، 1، 383، قيمة الهيئة مظنة عن التسجيل؛ وهذه المعاملة مفروضة. . لمصلحة الغير وحسب.

مع أي منطقي⁽¹⁾؟ بالتأكيد لا. فالهبة عقد إفقار خطر بالنسبة إلى دائني الواهب الذين يرون ذمة مدينهم المالية تفتقر، إن حماية الغير إذاً هي التي تسوّغ التسجيل العقاري لبعض الهبات بين الإحياء⁽²⁾. من المسموح به إذاً التفكير في أنه تبين بأكراً وجود سيئات لقاعدة الحجة بقوة القانون لتوافق الإرادة. ويمكن أيضاً التأكد أن الأشكال الرسمية للهبة معنّة لحماية الواهب والغير عن طريق التسجيل العقاري.

415 - يمكن القول، كخلاصة، إن المبدأ الأول هو مبدأ الحجة المطلقة بقوة القانون لتوافق الإرادة الناقل ملكية حق عيني (مع ما يلزم من إنشاء أو تعديل) تجاه الغير. بيد أن سيئات القاعدة، وليس أخطارها وحسب، كبيرة إلى درجة أنه ظهر من الضروري إخضاع الحجة تجاه الغير للملغية⁽³⁾. ولم تكن هذه الضرورة موضوع خلاف أبداً في ما يتعلق بالهبات بين الإحياء في القانون الفرنسي.

II - للحقوق الحينية المانية للمنقولة

416 - حجة العقد الذي يكون موضوعه حقاً عينياً مادياً منقولاً، أي بشكل ملموس فعالته تجاه الغير، لها خاصية معينة بالنسبة إلى شروطها بسبب موضوعها. وبالفعل ليس القول بالثبوت الأول زماناً هو المفضل في الحق، كما سبق أن رأينا، مطبقاً سواء تعلق الأمر بنقل الملكية أو بالوضع في الرهن.

أ - نقل الملكية.

417 - لا يقوم العقد هنا إلا بدور مؤشر، بمعنى أن الشاري، بتقديم عقد شرائه، يعزز صفته كمالك أثبتتها الحيابة.

وتتحد هذه العناصر بشكل معقد لتسوية صعوبتين تقليديتين:

- 1 - النزاع بين مكتسبي ملكية متعاقبين لمال واحد.
- 2 - النزاع بين مكتسب ملكية من غير المالك ومكتسب الملكية من المالك الحقيقي.

(1) موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، رقم 286، 1972، مؤلف مغفل الاسم. ولا يبدو أن السيد Najjar الذي تقع المراءان تساهل حول هذه النقطة، انظر الرقم 188 وما يليه.

(2) Baudry - Lacantinerie et Colin المذكوران سابقاً، رقم 1366، صفحة 810، اهتم المشرع بتجنب أن يكون على الغير تحمل ضرر بسبب هبة مستترة. أضيف إلى ذلك: Y. Loussovern المذكور سابقاً، صفحة 125 الذي يرى أن وأغني القانون المدني عدلوا المعنى الأصلي للملغية التي كانت تدبير حماية الذمة المالية للأسرة فأصبحت بصورة خاصة تدبير تأمين المصالحات.

(3) انظر الرقم 433 اللاحق وما يليه.

418 - النزاع بين مكتسبي ملكية السلعة عينها نسوية المادة 1141 من القانون

المدني.

حسب هذا النص «إذا كان الشيء الذي تم الالتزام بإعطائه أو بتسليمه لشخصين على التوالي، هو منقول صرف، يفضل الشخص الذي كان في حيازته الحقيقية ويبقى مالكاً له، ولو كان سنده لاحق من حيث تاريخه، شرط أن تكون الحيازة من حسن نية».

ويفترض حسن نية مكتسب الملكية الثاني للمنقولات المباعة أن لا يكون بالطبع على علم ببيعها السابق.

ويلاحظ أن الحيازة الحقيقية، أي الفعلية، المادية، التي تجعل نقل الملكية ملموساً، هي التي تقوم بدور أساسي وليس عقد البيع الذي يقتصر على إعطاء سند حيازة صحيح عن حسن نية. فليس الترتيب الزمني لنقل الملكية إذاً هو المهم، وإنما الترتيب الزمني للحيازة، ما عدا مراعاة حسن نية الحائز الأول⁽¹⁾.

ثمة توافق اليوم، رغمًا عن اعتراضات متنوعة، على اعتبار المادة 1141 نوعاً من العلنية تقارن بالعلنية التي كان على المشرع إدخالها لاحقاً بالنسبة إلى البيع العقاري. كما يقارن هذا النص بالمبدأ الذي طرحته المادة 2279، الفقرة الأولى، من القانون المدني: «الحيازة في المنقول سند الملكية»⁽²⁾. وهذان النصان في الواقع يستتجان من مبدأ مشترك ويمقتضاه «بإس للاموال المنقولة تتبع» مما يعني أن المبدأ بالنسبة إليها أن أي استرداد مستبعد.

والأمر على غير ذلك إذا فقدت المنقولات أو سُرقت، بحسب المادة 2279⁽³⁾، أو كذلك إذا تمكن طالب الاسترداد من أن يثبت، ولاسيما بتقديم عقد يربطه بالمالك الظاهر، أن هذا المالك لم يكن حائزاً عابراً، مجبراً على رد الشيء ضمن الشروط المحددة في الاتفاقية.

وبند الاحتفاظ بالملكية يمكن هكذا أن يجيز استرداد السلع المسلمة للشاري بجعله، حتى الدفع الكامل للشئ، مجرد حائز عابر. وكان الاجتهاد، حتى صدور قانون 12 أيار

(1) انظر: F. Bertrand، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 78 وما يليه، الذي يعرض جدلاً نقياً صرفاً نشأ عن صيغة المادة 1138 من القانون المدني التي نص على أن «موجب تسليم الشيء يكون تاماً بمجرد رضا الطرفين المتعاقدين».

(2) Y. Lousouarn، Le transfert de propriété par l'effet des contrats، باريس 1969 - 1970، الصفحات 115 إلى 124.

(3) انظر في شأن تفسير حموي للنص، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 شباط 1980، Lakrouf ضد Pélissas، مجلة قصر العدل، 26 تموز 1980، بانوراما الاجتهاد. وكذلك M. Cuilleron، Revendication des meubles perdus ou volés et protection possessoire (réflexion de Civ 1^{re}، 1^{er} juin 1977 à la lumière de l'article 2282 du Code civil، المجلة القضائية للقانون المدني، 1986، صفحة 504، وما يليها.

1980، عندما يكون الشاري مصرراً، يدخل هنا مبدأ الظاهر لاستبعاد مطالبة الشاري غير المستوفي حقه. ويعتبر بند كهذا الاحتفاظ بالملكية مستحيلاً بالنسبة إلى كتلة دائني الشاري. ويتبع القانون الجديد اليوم هذا الاسترداد، وإنما يجب أن يكون الشاري ما زال يحوز السلع.

وبالفعل يظهر هنا النزاع التقليدي الثاني الذي يواجه المالك الحقيقي بالمالك الذي اشترى المتفولات من غير المالك الحقيقي، أي من شخص غير هذا المالك.

419 - تـسـوي المادة 2278 من القانون المدني النزاع بين المالك الحقيقي ومن اكتسب الملكية من غير هذا المالك.

تقوم الحيازة هنا أيضاً بالدور الأساسي، وبالتحديد عن طريق المادة 2279، الفقرة الأولى، من القانون المدني. فالحيازة، ما أن يكون الشاري حسن النية، أي على سبيل المثال لم يكن على علم ببند الاحتفاظ بالملكية، تفترض أنه مالك السلع وهذه القرينة لا تقبل الدحض وتستبعد أي استرداد للمالك الحقيقي⁽¹⁾.

ويطبق الاجتهاد هذا الحل بصلابة تجاه بنود الاحتفاظ بالملكية.

فقد نقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 13 شباط 1980⁽²⁾، حكماً صدر عن محكمة استئناف بورجو بند احتفاظ بالملكية لقبول الاسترداد من قبل بائع كتب لم تدفع ثمنها زوجة الشاري التي كانت مطلقة منذ ذلك الحين. كان ذلك في عرف الغرفة المدنية انتهاكاً للمادة 2279، الفقرة الأولى، من القانون المدني، ما دام أنه من المقبول أن الزوجة المستفيدة من هبة يدوية كانت تحوز الكتب المطالب باستردادها عن حسن نية.

كما استبعدت الغرفة المدنية الأولى ذاتها في 16 شباط 1980⁽³⁾ لصالح شاري مركبة نفعية أعمال بند الاحتفاظ بملكية مدخل في عقد امتياز مع أن هذه المركبة كانت بحوزة الغير وهو صانع مركبات كلف جعل المركبة مطابقة لاشتراطات العقد. وكان الشاري «الذي قام بموجباته... وضعت الشاحنة بتصرفه» (وقد احتجزها صانع المركبات لحسابه) «والذي كان حسن نيته مفترضاً، بمقتضى أحكام المادة 2279 من القانون المدني، ملزماً تجاه المالك الشرعي لهذه المركبة وكان من حقه المطالبة باستردادها من شركة British Leyland التي استولت عليها بدون رضا».

كما أن بند الاحتفاظ بالملكية لا يحتج به تجاه الدائن المرتهن الذي سلمت السلع له عندما كان مجهول وجود هذا البند. ولذلك جرى اعتباره حسن النية واستفيد من المادة 2279

(1) انظر: Y. Lousouarn، المصاحرات المذكورة سابقاً، الأرقام 15 إلى 17.

(2) السيدة Serria ضد شركة منشورات André Vial وآخرين، مجلة قصر العدل، 10 تموز 1980، بانوراما الاجتهاد.

(3) شركة British Leyland ضد شركة Signal وآخرين (حكم غير منشور).

من القانون المدني، بدون أن يكون من الممكن الاحتجاج ضده بعيب الحياة⁽¹⁾. وتم الأخذ بعلم مماثل لصالح مكتسب الملكية الثاني⁽²⁾.

ويكفي، حسب الاجتهاد المدني، أن يكون حسن النية موجوداً في يوم الحياة. ولا حاجة إلى أن يدوم. وكانت المحاكم الجزائية، حتى حكم الغرفة الجنائية في محكمة النقض في 24 تشرين الثاني 1977⁽³⁾، تأخذ بتحليل مناقض بالنسبة إلى قمع جريمة الإخفاء. وهكذا قررت أن من تلقوا عن حسن نية أشياء منقولة ثم علموا بعد ذلك أنها مختلة للإضرار بالمالك الحقيقي كانوا مذنبين⁽⁴⁾. فحكم عام 1977 يوفق إذاً بين الحلول لصالح التحليل المدني، وهكذا لا يرتكب جريمة الإخفاء الحائز الذي اكتسب الملكية عن حسن نية واحتفظ بالمال رغمًا عن الإنذارات الموجهة إليه لاسترداده.

ب - رهن حياة المنقول.

420 - تعرّف المادة 2071 من القانون المدني رهن حياة المنقول بأنه «عقد يسلم فيه المدين شيئاً لدائنه كتأمين للدين». وفي المادة 2072 من القانون عينه تحديد دقيق إذ نصت على أن «رهن المنقول أو الثابت (رهن الحياة) لشيء منقول يسمى «رهن حياة المنقول» أو «رهن حياة المنقول أو الثابت». يظهر الرهن إذاً كتأمين عيني اتفاقي طالما أنه يعطي الدائن حق استيفاء دينه على الشيء الذي هو موضوعه بالامتياز والأفضلية على غيره من الدائنين» (المادة 2073 من القانون المدني). ويمكن أن يتناول أي منقول مادي أو غير مادي، غير أن العديد من القوانين تنظم بعض أنواع رهن حياة المنقول⁽⁵⁾. ولن نتطرق هنا إلا إلى رهن حياة المنقول في القانون العام مع التفريق حسبما يتناول شيئاً مادياً أو ديناً.

421 - وضع شيء مادي في رهن حياة المنقول.

يفرض القانون المدني على الفريقين في عقد رهن إنجاز معاملتين، تسليم الشيء للدائن المرتهن أو للغير المتفق عليه وتحرير مستند خطي. وتزوّع أولى هاتين المعاملتين يكون الرهن عقداً عينياً⁽⁶⁾ وهو يقوم أيضاً بدور «شبه العلنية» ذلك بأن نزع الحياة يُعلم الغير

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 280، صفحة 196 - 28 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 300، صفحة 201.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 120، صفحة 91.

(3) D. 1978، صفحة 42، تعليق Kehrung.

(4) انظر B. Bouloc، J. B.، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، الاسترداد، رقم 137.

(5) على سبيل المثال وفي ما يتعلق بالقيم المنقولة (التي أزيل عنها طابعها المادي منذ القانون المالي في 30 كانون الأول 1981) يتحقق الرهن بإعلان القيم المرهونة أو تحويلها إلى حساب خاص (المادة 23 من القانون 83 - 1، 3 كانون الثاني 1983). مثال آخر: التعصص في الشركات المدنية يمكن رهنها ضمن شروط محددة في المادتين 1866 و 1867 من القانون المدني (القانون رقم 78 - 9 بتاريخ 4 كانون الثاني 1978).

(6) انظر تكوين العقد، رقم 448.

بالضرورة. والمعاملة الثانية مفروضة فقط لحجية إنشاء الرهن في وجه الغير، بحيث أن الفريقين لا يستطيعان التذرع بعدم وجود وثيقة⁽¹⁾. وتنص المادة 2074، في صياغتها في قانون 12 تموز 1980، على أن «هذا الامتنياز لا يسري على الغير إلا أن يكون ثمة عقد رسمي أو ذو توقيع خاص، مسجل حسب الأصول، ومتضمن بيان المبلغ المتوجب، وكذلك نوع الأموال المقدمة للرهن وطبيعتها أو وضع مرفق لصفحتها، وزناً وقياساً».

وتطلب الشكل هذا قديماً، طالما أنه يعود إلى حكم تسوية في 26 تشرين الثاني 1599. كان الأمر يتعلق، دائماً، بمنح المدين المعسر من إخفاء موجوداته (أصوله) كلها أو قسم منها عن طريق الغش عن ملاحظات دائنيه بتفضيل بعضهم⁽²⁾. وترتكز الوسيلة تقيناً على إعطاء العقد تاريخاً أكيداً، ومن هنا تطلب عقد رسمي أو عقد ذي توقيع خاص مسجل.

وكانت المادة 2074، قبل إصلاح 12 تموز 1980، تتضمن فقرة ثانية صيغت كما يلي: «تحرير العقد الخطي وتسجيله ليسا مع ذلك مفروضين إلا في المواد التي تتجاوز قيمة 50 فرنكاً». وكانت هذه الصياغة تثير مجادلات. كان يجري التساؤل عما إذا كانت تستهدف موضوع الرهن أو الدين المضمون. وتقدر معظم المؤلفين أن تطلب الشكل كان مفروضاً طالما أن موضوع الرهن أو الدين المضمون كان يتجاوز هذا الرقم⁽³⁾. وقد ألغى قانون 12 تموز 1980 هذه الفقرة، إلا أنه ما يزال التحليل كما لو أنها ما تزال موجودة⁽⁴⁾. إلا أنه يمكن التساؤل عما إذا كان القانون الجديد قد فرض الشكلية في الأحوال جميعاً: ليس ثمة فريق عندما لا يفرق القانون.

وأياً كان أمر وجهة النظر هذه جرى بيان أن هذا التطلب الشكلي كان هدفه استبعاد تطبيق مبدأ الحجية بقوة القانون باللجوء إلى مقارنات بنصوص أخرى من القانون المدني⁽⁵⁾.

ربما من الممكن مقارنة المادة 2074 بالمادة 1341 من القانون المدني التي تنص على أنه «يجب أن يبرم عقد أمام الكاتب العدل أو توقيع خاص لأي شيء يتجاوز مبلغاً معيناً أو قيمة محددة بمرسوم، حتى بالنسبة إلى الإيداعات الإدارية، ولن يقبل أي إثبات عن طريق

(1) Ph. Simler et Ph. Delebecque, Les suretés, . رقم 80. تأليف Bocqué, الجزء XII, Planiol et Ripert. رقم 436؛ النقض المدني؛ 25 آذار 1851، الوارد في يوميات الكتابة العدل، الجدول التحليلي والألفبائي 1808 - 1866، v، من حيازة المتقول، رقم 16 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 أيار 1976، الشرة المدنية، I، رقم 201.

(2) Ph. Simler et Ripert، الجزء XII، تأليف Bocqué، المرجع منه. - Baudry - Lacantinerie، Précis de droit civil، الجزء III، الطبعة الرابعة 1893 رقم 1023 - Ph. Simler et Ph. Delebecque، المرجع منه، رقم 436.

(3) انظر Grouhère، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، v، ومن حيازة المتقول، 1972، رقم 75 ورقم 76.

(4) Ph. Simler et Ph. Delebecque، المرجع منه.

(5) M. Biliou، L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 27.

الشهود ضد محتوى العقود أو غير محتوى هذه العقود، ولا على ما يمكن التذرع بما سبق قوله». ويلاحظ بالفعل شبه بين صياغتي هاتين المادتين. بيد أنه لن يكون ثمة التباس ذلك بأن القاعدة هي أي نص المادة 1341 لا تتعلق إلا بالفريقين وخلفائهما الكليين باستثناء الغير⁽¹⁾.

وتطلب الشكل إذاً في المادة 2074 يحارب مبدأ الحجية لأن العقد، مع أنه صحيح تجاه الفريقين، محروم من القعالية تجاه الغير في حال عدم وجود وثيقة. وبالفعل ينبغي أن يكون محتجاً به تجاه الغير ما دامت شروط الأساس مجتمعة، أي النقاء الإرادتين وتسليم الشيء للدائن أو للغير المتفق عليه، طالما أن الأمر يتعلق بعقد عيني. وهكذا كانت الحال في القانون القديم قبل حكم التسوية بتاريخ 25 تشرين الثاني 1599 وكذلك قبل إصلاح عام 1980 في ما يختص ببعض رهونات حيازة المنقول.

ويمكن أن يكون هذا التحليل موضوع نقد مستخرج من الذريعة بأن المادة 2074 تذكّر بالمادة 1328 التي تخضع الحجية المسماة «الحجية الصالحة لإثبات» عقد لطلب تاريخ أكيد. ويمكن الرد على ذلك بأن القاعدة الخاصة المتعلقة برهن حيازة المنقول هي قاعدة أساسية. وليست قاعدة إثبات ما دام أن إنجازه يتوقف على الوجود ذاته لامتياز الدائن المرتب، مما يتيح تسريح امتداد الشكيلة بقانون 12 تموز 1980.

ومبدأ الحجية هو هنا أيضاً معتبر أنه قد فشل.

وليس هناك سوى رهن حيازة للمنقول التجاري ينشئه التاجر الذي، عن طريق الاستثناء، يعفى من تحرير مستند خطي من أجل حجته تجاه الغير استناداً إلى المواد 91 إلى 109 من قانون التجارة⁽²⁾.

على أن المادة 91، الفقرة 4، من قانون التجارة لا تعفي الفريقين في رهن حيازة المنقول التجاري من معاملة المستند الخطي عندما يكون موضوع الرهن ديناً منقولاً.

وبحسب هذا النص «لا يُشذ عن أحكام المادة 2075 من القانون المدني في ما يتعلق بديون المنقولات التي لا يمكن فيها أن يكون صاحب الامتياز محجوزاً عليه تجاه الغير إلا بإبلاغ النقل الذي يقوم به المدين». وتُفرض الإحالة إلى أحكام القانون المدني العود إلى القانون العام للرهن المدني طالما أن هذه الأحكام تحدد أن «العمل الموثق أو ذا التوقيع الخاص، المسجل حسب الأصول، يبلغ للمدين بالدين المعطى مقابل الرهن أو المقبول منه في عقد موثق».

واستنتج الاجتهاد منطقياً من ذلك أن تحرير مستند خطي كان معاملة ضرورية لتكوين

(1) المدخل العام، رقم 595 والاجتهاد المستشهد به، التعليق رقم 94، خاصة الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 شباط 1968، النشرة المدنية، I، رقم 30، صفحة 20.

(2) Ph. Simler et Ph. Delebecque، المرجع عنه - Ripert et Roblot، الجزء II، رقم 2601.

هذا النوع من الرهونات لإعطاء الدائن حق أفضلية⁽¹⁾. وهذا الحل كان موضع انتقاد⁽²⁾. فائير الطابع القديم للقرارات المتخذة للتساؤل عما إذا كان الأمر متعلقاً باجتهاد «مهجورة»⁽³⁾. ولا يحمل هذا البرهان على الإقناع بالضرورة إذ من المعروف أن الاجتهاد يتدمج بالقانون⁽⁴⁾ وليس ثمة إلغاء للقانون بالقدم⁽⁵⁾. إن هذا الاجتهاد في الحقيقة تطبيق صلب، وإنما صحيح، للقول بالمأثور الخاص يشذ عن العام⁽⁶⁾.

422 - وضع دين في رهن حيازة المنقول.

رأينا أن الاحتفاظ بامتياز الدائن المرتهن تجاه الغير خاضع لشرطين: تنظيم مستند خطي والوضع بتصرف الدائن المرتهن. وهذه المعاملة الأخيرة تترجم، في الحالة الخاصة، بتسليم الدائن السند⁽⁷⁾، مما يطرح المسألة المسبقة لمعرفة ما إذا كان الدين المجرد من السند يمكن وضعه في الرهن.

وقد حكمت محكمة النقض في القرن التاسع عشر بأن رهن الدين كان خاضعاً لتسليم الدائن السند⁽⁸⁾. واستنتج من ذلك بصورة خاصة أن الدين إذا كان مجرداً من السند فلا يمكن أن يكون موضوع رهن⁽⁹⁾. وكان القانون العام للرهن يطبق بلا قيد أو شرط⁽¹⁰⁾. ولم يكن مبدأ الحل هذا بدون سيئات بالنسبة إلى الائتمان. وهكذا جددت محكمة النقض، بدون التخلي عنه كلياً، مجاله في حكم هام في 10 أيار 1983 بحكمها أن «الوضع بالتصرف

(1) - النقض المدني، 19 حزيران 1880، يوميات الكتابة العدل، 1980، البند 16896، صفحة 430، وبناء على إحالة محكمة استئناف روان، 24 كانون الثاني 1881، يوميات الكتابة العدل، 1861، البند 17083، صفحة 205. - نقض 27 تشرين الثاني 1885، Dalloz الدوري 66، 1، 66، Sirey 66، 1، 60. - غرفة العرائض، 13 نيسان 1879، Sirey 81، 1، 157. - النقض المدني، 27 كانون الأول 1904، Dalloz الدوري 1908، 1، 145.

(2) - Rapt et Roblot, Traité de droit commercial, الجزء I، منشورات L.G.D.J.، الطبعة الحادية عشرة، 1988، رقم 2605.

(3) - M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, منشورات Litec، الطبعة الثانية، 1993، رقم 686.

(4) - انظر المدخل العام، رقم 444 ورقم 445.

(5) - انظر حول هذا المبدأ النقض المدني في 25 كانون الثاني 1841، يوميات الكتابة العدل، 1841، البند 10875، صفحة 90.

(6) - القاعدة أن تبني قانون عام لا يؤدي حكماً إلى إلغاء قانون خاص يبقى بصفة استثنائية. انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 4 كانون الأول 1984، النشرة المدنية، TV، رقم 330، صفحة 268.

(7) - نزع الحياة هذا يبقى صحيحاً. انظر التأمينات المدنية تأليف J. Mestre, E. Putman et M. Billiau.

(8) - حكم غرفة المرافض، 11 حزيران 1846، Dalloz الدوري 46، 1، 252. - النقض المدني في 19 شباط 1894، Dalloz الدوري 94، 1، 420، S. 94، 1، 273، تعليق LYON-CAEN، يوميات الكتابة العدل، 1894، البند 25543، صفحة 681.

(9) - انظر يوميات الكتابة العدل، الجدول، 1808 - 1865، v، رهن حيازة المنقول، رقم 21 ورقم 22.

(10) - انظر بالنسبة إلى العرض الشامل لهذه المسألة D. Legesis. Les garanties conventionnelles sur créances، و E. Legesis. Les garanties conventionnelles sur créances، في Economica، 1986، توطئة J. Slouffet، ومقدمة Ph. Remy، رقم 39 وما يليه، صفحة 29 وما يليها. Planol et Ripert، الجزء XII، تأليف Becqué، رقم 95.

يتحقق بشكل كافٍ عندما يتناول الرهن ديناً ويكون الثقل مستحيلاً بإبلاغ المدين المدين المعطى مقابل رهن⁽¹⁾. إن مدى هذا الحكم محدود لأن الإعفاء من تسليم السند يفترض بالضرورة استحالة مادية. فالحل التقليدي إذاً في الحالات الأخرى يستمر تطبيقه.

بعد حل هذه المسألة المسبقة يبقى التساؤل حول شروط الحجية تجاه الغير الذي يشمل المدين ودائتي منشئ الرهن باعتبارهم معنيين بصورة خاصة بإنشاء التأمين.

فالمدين بالدين موضوع الرهن هو غير بالنسبة إلى عقد الرهن. والحال أن إعلانه يبدو مأمولاً ذلك بأنه يمكن أن ينقاد إلى التحرر بين يدي الدائن المرتهن. كما أن إنشاء التأمين يهم دائتي منشئ الرهن على وجه الخصوص⁽²⁾ بسبب تصغير حقهم في الرهن العام (المادة 2092 من القانون المدني). والحال أنه من الأكيد أن التصغير، من أجل إخراج مفاعيله، يجب أن يكون محتجاً به تجاه الغير.

إن تنظيم العلنية القانونية يتجارب مع هذا الاهتمام. وتسليم السند الذي يحقق الدين هو بالتأكيد شكل من العلنية، ولكنه ليس الشكل الوحيد، وقد رأينا أن الاجتهاد الأحداث لمحكمة النقض لا يفرضه دائماً. والمادة 2075 التي تذكر بالمادة 1690 من القانون المدني المتعلقة بحالة الحق⁽³⁾ تنظم شكلاً آخر من العلنية. وحسب هذا النص «عندما ينشأ الرهن على منقولات غير مادية، كديون المنقولات، يبلغ العقد الموثق أو ذو التوقيع الخاص، المسجل وفقاً للأصول، إلى المدين بالدين موضوع الرهن أو المقبول منه في عمل موثق».

ونطرح مسألة معرفة ما إذا كانت معاملات المادة 2075 إلزامية، أو على العكس، من الممكن استبدال غيرها بها. وانطلاقاً من دراسة الاجتهاد والاستدلال عن طريق المماثلة بأحكام المادة 1690 من القانون المدني يأخذ السيد Legeais⁽⁴⁾ بأن المعاملات القانونية المنصوص عليها إلزامية من حيث المبدأ؟ بيد أنه يقتضي القبول ببعض التلطيف. وفي الحقيقة يبدو نظام حجية رهن حيازة المنقول حول الدين يجب يستنسخ بصلابة عن نظام حوالة الحق⁽⁵⁾

رما تهم الإشارة إليه هو أن مبدأ الحجية بقوة القانون مستبعد بتطلب العلنية.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 أيار 1983، النشرة المدنية، I، رقم 142، صفحة 142؛ Dalloz 1984، صفحة 433، تعليق Legie، فهرس Défrénois 1984، رقم 33161، تعليق A. Piedalievre.

(2) D. Legeais، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 71، صفحة 46 وصفحة 47.

(3) انظر الرقم 390 السابق.

(4) D. Legeais، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 81 وما يليه، صفحة 52 وما يليها.

(5) انظر الرقم 390 السابق.

III - الخصائص غير المادية⁽¹⁾

423 - يبدو أن القانون الوضعي مؤيد لتطبيق مبدأ الحجية تجاه الجميع في ما يتعلق بنقل الملكية غير المادية غير الخاضعة للعينية أو التي يكون مجال العينية معدداً فيها.

الحل أكيد بالنسبة إلى بيع مؤسسة تجارية. وهكذا حكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض في 17 تموز 1930 «بأن نقل ملكية مؤسسة تجارية، وهي شيء منقول غير مادي، في حال بيعها، عندما يكون الفريقان متفقين على الشيء وعلى الثمن، يتم بقوة القانون بمفعول الاتفاقية وحده، في علاقات الفريقين وتجاه الغير⁽²⁾». ويعني ذلك تأكيد أن العقد هو بطبيعته محتج به تجاه الغير بالطريقة عينها التي كان فيها العقد الذي يكون موضوعه نقل الملكية العقارية محتجاً به قبل إنشاء العينية العقارية، وذلك أيضاً تكريس لتطبيق القول المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق.

واستنتجت المحكمة العليا من ذلك أنه «إذا كان ثمة نزاع بين مكتسبي ملكية متعاقبين لمؤسسة واحدة، فإن حل النزاع يجب أن يستند إلى تاريخ عقدي كل منهما»، وينبغي الاستنتاج من ذلك أن عينية بيع مؤسسة تجارية المنصوص عليها في قانون 17 آذار 1909⁽³⁾ ليست شرطاً لحجية العقد تجاه الغير وإنما فقط تجاه من تقصده على وجه الخصوص، أي الغير دائن المتفرغ.

وكان هذا الحل موضع أسف ذلك بأنه كان من الممكن حل النزاع عن طريق أفضلية التسجيل في سجل التجارة⁽⁴⁾. وجرى التساؤل أيضاً عما إذا كان من المناسب الأخذ في الحسبان الوضع بالتصرف وتسوية النزاع بتطبيق المادتين 1141 و 2279 من القانون المدني⁽⁵⁾، وذلك بأن بعض عناصر المؤسسة له طبيعة مادية. على أنه يمكن الأخذ، في اتجاه معاكس، بأن المؤسسة التجارية تشكل مجموعة غير قابلة للانفصال عن مختلف العناصر التي تكونها، مما يضي عليها طبيعة مال غير مادي منقول⁽⁶⁾. والحال أن الاجتهاد

(1) J. Boulanger, *Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité* (الجدلة الفصلية للقانون المدني، 1935، رقم 23 وما يليه، صفة 583، وما يليها)، J. Duclos، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 156 وما يليه، صفحة 185 وما يليها.

(2) Sirey 1931، 1، 225، تملق Hubert.

(3) انظر الرقم 444 اللاحق.

(4) Ripert et Roblot، الجزء I، الطبعة الخامسة عشرة، منشورات L.G.D.J.، 1993، تأليف M. Germain، رقم 611. وبأسف J. Duclos، لأن «المشتر لم يستلزم قواعده العينية العقارية، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 272، صفحة 303.

(5) Ripert et Roblot، الجزء I، تأليف M. Germain، رقم 611.

(6) Planiol et Ripert، *Traité pratique de droit civil français*، الجزء III، تأليف M. Picard، منشورات L.G.D.J.، الطبعة الثانية، 1952، رقم 109، صفحة 111.

يأخذ بأن قاعدة «الحيازة في المنقول مستند للملكية» لا تطبق على الأموال غير المادية⁽¹⁾. ينبغي إذاً الاستخلاص، مع Jean Boulanger، أن وجود الملكية، طالما أنه لا يمكن الكلام على الحيازة بالمعنى التقني، يجب أن تعتبر في ذاتها بقطع النظر عن إبداء خارجي⁽²⁾. ويبدو أن مبادئ مماثلة يقضتي أن تروم إنشاء حق الانتفاع من مؤسسة تجارية. ويأخذ بعض المؤلفين مع ذلك بأن حق الانتفاع يخضع للعينية عندما يتم بين الأحياء بعرض⁽³⁾. غير أن هذا الرأي متازع فيه عندما لا تتعلق العينية إلا بالدائنين المسجلين بالنسبة إلى المال. يمكن إذاً، تجاه قصيدة العينية، تقدير أن النزاع بين متفعين متعاقبين من المال عينه يجب أن يحل بتطبيق القول المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق. ويبدو أن الاجتهاد الحديث، في ما يتعلق بالخصائص غير المادية الأخرى، ومنها الملكية الأدبية والفنية والحق في الزين المدنيين الذين هم في التجارة⁽⁴⁾، لم تسح له فرصة البت بالنزاعات بين خلفاء مورث واحد بصفة خاصة.

ومن الممضوح به التفكير في أن هذه النزاعات يجب حلها عن طريق الرجوع إلى القوى المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق. على أنه ينبغي الأخذ في الحسبان احتمال تطبيق المادة 1328 من القانون المدني⁽⁵⁾، وفي هذه الحالة يتغلب من كان تاريخ عقده أكيداً⁽⁶⁾.

(1) النفى المدني، 26 كانون الثاني 1914، Dalloz الدوري 1914، 1، 112، S. 1920، 1، 27، يرميات الكتابة العدل، 1814، البند 30920، صفحة 471.

(2) المقالة المذكورة سابقاً رقم 25، صفحة 587.

(3) Planiolet et Ripert، الجزء III، تأليف M. Picard، رقم 765.

(4) التنازل المباشر من الزين المدنيين ولا سيما الطيبين على العموم غالباً ما تعلن المحاكم بطلان، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النفى، 27 تشرين الثاني 1984، Dalloz 1986، صفحة 448، تعليق J. Penneau. على أن محكمة النفى تقبل صحة الاتفاقية التي تتناول مجرد حق تقديم (الحكم ذاته) انظر أيضاً حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النفى، 8 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 9، صفحة 19، Dalloz 1986، صفحة 448، تعليق J. Penneau؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، II، 20545، تعليق G. Méméteau؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 91، رقم 3، ملاحظة J. Mestre. وكذلك بالنسبة إلى صفة عقد موضوع حق تقديم كاتب عدل، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النفى، النشرة المدنية، I، رقم 224، صفحة 1201، فورس Defrénois، 1986، صفحة 785، ملاحظة J. Aubert. مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة N، 1986، صفحة 253، تعليق M. Dagot؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 88، رقم 2، ملاحظة J. Mestre. وكذلك Zonati. ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، صفة 580 وما يليها. انظر تكوين العقد، رقم 807.

(5) انظر الرقم 360 السابق.

(6) J. Boulanger، Les conflits...، المقالة المذكورة آنفاً، رقم 25.

الفقرة 2 - مفاعيل الحجية تجاه الخلفاء الخاصين

424 - رأينا أن العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً كان محتجاً بها تجاه الغير بمعنى أنه لا يمكنه أن يتنكر لها إذا تحققت بعض الشروط.

وهكذا تتأمن فعالية العقد عن طريق مبدأ الحجية، بيد أن طبيعة العقد التي تشكل موضوعه تقود أحياناً إلى الاعتراف بمفاعيل أشد فعالية: يمكن أن يكون مفعول الحق العيني إيجاب الخلف بصفة خاصة، بدون أن يكون فريقاً، حتى مرتبطاً، بالاتفاقية لاحقاً لإبرامها⁽¹⁾.

425 - يبين القانون الوضعي أولاً أن الخلف بصفة خاصة يمكن إلزامه فرضياً.

تنص المادة 2166 من القانون المدني على أن «الدائنين الممنعين بامتياز أو رهن عقاري مسجلين على أحد العقارات يتبعونه في أي أيدٍ انتقل إليها لترتيب درجتهم وتأمين الدفع لهم وفقاً لترتيب دينهم أو تسجيله». وهذا النص يكرس حق دائن الرهن العقاري في التبع الذي قدمه Becqué على أنه «مفعول الحق العيني في الرهن العقاري القابل للاحتجاج به ضد الجميع»⁽²⁾.

وهكذا بإمكان الدائن حجز العقار على الغير الحائر. على أنه جرى التشديد على أن الغير الحائر الوقتي غير ملزم إلا كمالك للعقار، أي بحكم الشيء⁽³⁾. إن الملاحظة صحيحة ولكنها لا يمكن أن تؤدي إلى نسيان أن الحجز موجه ضد الغير. أنه ملزم بحكم الشيء، ولكنه ملزم في أي حال. والغير الذي يمارس حق التبع ضده هو الخلف بصفة خاصة وليس الخلف الكلي للمدين، الملزم بالدين بهذه الصفة⁽⁴⁾. يلاحظ إذاً أن الخلفاء بصفة خاصة هم ملزمون فرضياً بموجب حق التبع المعطى للدائن الرهن العقاري امتداداً إلى العقد المنشئ للتأمين.

وهكذا يمكن أن يكون الخلف بصفة خاصة ملزماً حالياً في بعض الحالات.

426 - تلزم الجمعية حالياً الخلف بصورة خاصة عندما يتحلل الموجب الملقى على هاتق مورته كارتفاق.

تكشف طريقة الارتفاقات ببريق خاص «إشعاع الحق العيني»، على سبيل تبني تعبير السيد Goutal⁽⁵⁾. الذي ترجمه حجية معززة⁽⁶⁾.

(1) M. Billiau, L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 3.

(2) Planiol et Ripert، الجزء XIII، رقم 1069.

(3) Planiol et Ripert، الجزء XIII، تأليف E. Becqué، رقم 1073.

(4) Planiol et Ripert، الجزء XIII، تأليف E. Becqué، المراجع عينه Ph. Simler et Ph. Delbecque، الملوكوين سابقاً، رقم 346.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 79، صفحة 64.

(6) M. Goutal (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 134) يعارض استصمال التت «مطلق» المرتبط في الغالب بالحق العيني.

وحسب المادة 686 من القانون المدني «يجوز للمالكين أن ينشئوا على أملاكهم أو لصالح هذه الأملاك الارتفاقات التي يشاؤون شرط أن لا تكون الارتفاقات المنشأة مفروضة على الشخص أو لصالح الشخص وإنما فقط على عقار ومن أجل عقار، وشرط أن لا تكون في شيء ضد الانتظام العام».

وجرى الاستنتاج من ذلك أنه لا يمكن فرض ارتفاق اتفاقي إلا على العقار وليس على الشخص وأن تعيد العقار لا الشخص. والأمر يتعلق بتجنب العودة إلى نظام إقطاعي يمنع أن يوضع على أحدهم موجب إيجابي أبدي⁽¹⁾.

وقد طرحت أمام المحاكم مسألة معرفة ما إذا كان أحد العقود الذي يتضمن موجبا ينشئ فقط تمهيداً شخصياً أو ما إذا كان الأمر يتعلق، على العكس، بارتفاق ينشأ لصالح عقار.

فلذا تعلق الأمر بمجرد موجب شخصي فهو لا يفرض على الخلف بصفة خاصة. وبالمثل من الثابت في القانون الوضعي، في ما يتعلق بالحق في دين، أن «مكتسب ملكية مال بصفة خاصة لا يخلف مورثه بقوة القانون في الموجبات الشخصية»⁽²⁾. وهذا يؤكد بوضوح أن الحق الشخصي مرتبط بالشخص وبالتالي غير قابل للنقل قانوناً؛ وبكلمة واحدة لا يفرض على الخلف بصفة خاصة. وليس الأمر على عكس ذلك إلا في حالة اشتراط صريح يثبت موافقة الخلف⁽³⁾، مع مراعاة الأحكام القانونية الخاصة⁽⁴⁾. وبالمقابل، إذا تعلق الأمر بارتفاق، فهو يرتبط بالعقار ويفيد الخلف الخاص أو يُفرض به حسب الحالات.

لذلك نرى الفارق الأساسي بين الحق العيني والحق في الدين: حجية الحق العيني تجاه الخلف بصفة خاصة تعني أنه سيكون ملزماً شخصياً. وتتوقف حجية الحق تجاه الحلف

(1) A. Weill, P. Terré et Ph. Simier المذكورين آنفاً، رقم 821. Carbonnier, Droit civil - المجلد 3، الأموال، منشورات PUF، الطبعة الثانية عشر، 1988، الفقرة 53. G. Baudry - Lacantinerie et al.، الطبعة الثالثة، 1905، رقم 1078، صفحة 811 وصفحة 812.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة الخلف، 16 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، III، رقم 163، صفحة 88. Dalloz، 1989، صفحة 157، تعليق Ph. Malaurie؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 577. ملاحظة F. Zénat؛ انظر L'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1924، صفحة 481.

(3) انظر حول المبدأ: حكم غرفة العرائض، 16 تموز 1989، Dalloz العوري 90، 1، 440 - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، III، رقم 15، صفحة 110. Dalloz، 1971، صفحة 116 من الموجز؛ مجلة قصر العدل، 1971، 1، 219. انظر مع ذلك بالنسبة إلى اشتراط فسخي، حكم غرفة العرائض، 17 شباط 1931، (فضيلان)، مجلة قصر العدل، 1931، 1، 663.

(4) انظر على سبيل المثال المادة 122 - L. 12 البند 2 من قانون العمل: «إذا حصل تعديل في الوصف القانوني للمستخدم، ولا سيما عن طريق الخلافة، أو الاندماج أو البيع أو نقل المال، أو الوصف في الشراكة، تبقى جميع عقود العمل الناقدة في يوم التعديل قائمة بين المستخدم الجديد وجهاز موظفي المؤسسة».

بصفة خاصة، وهو غير في العقد، على وصف البند⁽¹⁾.
وتشهر أمثلة عديدة هذه المبادئ.

كان الزوجان Mayoux قد باعا شركة Cafipa-Sicomi قطعة أرض للبناء في عام 1973 مع اشتراط «أن تمتنع الشركة مكتسبة الملكية حتماً، وكذلك حائز الحقوق منها، عن أن تستثمر على قطعة الأرض المباعة تجارة المنتجات النفطية للسيارات». وأقامت شركة Prétabal-Sicomi التي حلت في الحقوق محل شركة Cafipa-Sicomi محطة خدمة وقاضت الزوجين Mayoux لإبطال بند المنع. وطلب المدعى عليه فرعياً إبطال البيع واستدعى الكاتب العدل، محرر البيع، لإعلان حكم مشترك. وأبطلت محكمة الاستئناف البند المنازع فيه. فقدم الكاتب العدل طعناً للنقض جرى رده بحجة: «أن الحكم، بعد أن بين أن البند كان موضوعه حماية النشاط التجاري الذي يمارسه السيد Mayoux في عقار كائن قرب قطعة الأرض المباعة من المنافسة التي يمكن أن تسببها له ممارسة تجارة مماثلة على قطعة الأرض هذه، أخذ عن وجه حق بأن بدأ كهذا يبيع على عائق شركة Prétabal Sicomi ومن يحلون محلها في حقوقها موجباً شخصياً لا تتضمن مدته أي حد هو باطل»⁽²⁾.

كان البطلان هنا مسببه على وجه الخصوص عيب التأييد الذي كان يشوب الموجب⁽³⁾. وعلى عكس ذلك جرى في قضية أخرى نقض حكم محكمة استئناف لأنه أبطل بند عدم المنافسة بكونه يمس مبدأ حرية التجارة والصناعة. فقد حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض بأن بنداً يحظر على أي شاغل حظيرة مسقوفة من الجانبين أو مكتسب ملكيتها أن ينشئ فيها مرآباً أو يستثمره أو محطة خدمة كان غير مشروع استناداً إلى المادة 688 من القانون المدني، وأن محكمة الاستئناف، بالحكم خلاف ذلك، انتهكت قانون 2 - 17 آذار 1991 بإساءة تطبيقه⁽⁴⁾. وأكدت الغرفة المدنية الثالثة، في 24 آذار 1993، هذا التحليل بحكمها بأن منع مكتسب ملكية عقار من تخصيصه لاستعمال محدد يمكن أن يكون بمثابة عبء على إرث لصالح إرث آخر ويرتدي هكذا طابع ارتفاق⁽⁵⁾.

وهكذا إذاً لا ينتقل اشتراط يحوي موجباً شخصياً إلى الخلف بصورة خاصة وهو مشوب بالبطلان إذا كان أبدياً، بيد أنه إذا تم الأخذ بوصف الارتفاق فإنه ينتج مفاعيل معاكسة.

(1) A. Weill, Fr. Terré et Ph. Simler، المذكورين سابقاً، رقم 805، صفحة 824.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 آذار 1987، النشرة المدنية، III، رقم 59، صفحة 35.

(3) انظر حول متابعة التمهيدات الشخصية الأبدية الرتم 192 السابق.

(4) النقض التجاري، 5 تموز 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 184، صفحة 136، Dalloz 1988، صفحة 360، تعليق Chr. Moutly، Chr. Atlas. قارن بحكم الغرفة التجارية في 15 تشرين الأول 1988، 1989، صفحة 98 الذي رأى، بالاحتواء جزئياً وراء سلطة قضاء الأساس السيد في التفسير، أن بند عدم المنافسة لم ينتقل إلى الخلف في المروسة.

(5) النشرة المدنية، III، رقم 45، صفحة 29، Dalloz 1993، صفحة 307 من الموجز، ملاحظة A. Robert.

إلكن هذه الأحكام تعزز مقصد السيد Goutal وبمقتضاه مفهوم الحق العيني وسيلة لنقل مكان موجب العقدة⁽¹⁾. ومن الواجب أن يضاف: بتقنية الحجة.

وفرضية بند السكن في المدينة هي أيضاً نموذجية. ففي حكم 30 حزيران 1936⁽²⁾ حكمت محكمة النقض «بأن موجب السكن في المدينة يشكل بالضرورة موجباً مفروضاً على الأشخاص بالنسبة إلى الزمن، المحدد إضافة إلى ذلك، حيث يسكنون عقاراً معيناً. ومنع مالك عقار من تخصيصه لاستعمال آخر يرتدي طابع خدمة مرتبطة بالعقار ذاته لمصلحة عقار آخر» والرهان هو ذاته دائماً: هل يفرض بند السكن في المدينة على مكتسب الملكية الثاني؟ أجل إذا تعلق الأمر بارتفاع في الحالة المعاكسة.

ونجس عن الارتفاق القائم اتفاقياً أن قضاء الأساس، عندما يكون العقد غامضاً أو ملتبساً، يملكون، مبدئياً، سلطة تفسير سيدة ويعود إليهم البحث بسيادة عن إرادة الفريقين المشتركة وتقرير ما إذا كان العقد يتضمن ارتفاعاً أو موجباً شخصياً⁽³⁾. والتأكيد يجب تحديده بدقة لأن محكمة النقض تراقب استنتاج النتائج القانونية للتحقيقات الواقعية التي يعتمدها قضاء الأساس⁽⁴⁾.

يضاف إلى ذلك أن الحقوق ليست جميعها قابلة لأن تزدان بفضائل ارتفاع ولو أراد الفريقان ذلك. يجب أيضاً أن يكون الحق قابلاً لأن تكون له منفعة للمعيار الذي أعطي من أجله⁽⁵⁾.

والاجتهاد اليوم، بعد تردد⁽⁶⁾، مستقر في هذا الاتجاه بأن حق الصيد البري لا يمكن أن تكون له طبيعة عينية لأنه يورف فقط موافقة مالك العقار لصالح من أعطي له⁽⁷⁾.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 114 وما يليه؛ صفحة 87 وما يليها.

(2) النقض المدني، 30 حزيران 1936، Dalloz الدوري 1938، 1، 65، تعليق S. 1937، 1، 16، تعليق Vialleton.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 6 أيار 1980، النشرة المدنية، III، رقم 81، صفحة 66 - J.Boré. La cassation en matière civile، مشورات Sirey، 1980، مقدمة P.Reynaud، رقم 1661، الاجتهاد المستشهد به.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 آذار 1987، الحكم المذكور سابقاً.

(5) ولذلك كان يغرس أن بنود عدم المنافسة لا يمكن أن ترتدي صفة ارتفاع، ذلك بأنه، كما قيل، «ليس السيد الحقيقي حائز الموضة التجارية أو الصناعية وليس من علاقة طبيعة بين موضوعها، واستعمالها، أو منفعة المقار ذاته»، Planiol et Ripert، تأليف M.Picard، المذكورين سابقاً، رقم 946، صفحة 624. أضف إلى ذلك A.Robert، مرسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧، الارتفاقات، 1990، رقم 111 ورقم 112. وقد استبعد الاجتهاد الأحداث هذه البرهنة، انظر الحكم المستشهد به سابقاً بتاريخ 15 تموز 1987.

(6) G.Baùdry - Lacantinerie et M.Chauveau، المذكورين سابقاً، رقم 1074، صفحة 807، الاجتهاد المستشهد به وكذلك المؤلفون، التعليق 2.

(7) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 شباط 1980، Dalloz 1980، الصفحة 272 من التقرير، والاجتهاد المستشهد به.

427 - للعبية أيضاً في بعض الأحيان مفعول نقل موجب إيجابي إلى الخلف تبعاً لنقل العقار.

في معنى أول كان تعريف موجب بالنظر إلى الشيء أنه «الموجب الذي ينتقل إلى الخلف بصفة خاصة من جهة أولى، والذي لا يمكن التحرر منه بالتخلي عنه من جهة ثانية»⁽¹⁾. ومنفعة العملية لا تقبل الجدل طالما أن في الفكر عدم إمكانية فرض سوى امتناع على الغير، أي تقديم سلبي، والوريث الخاص لعقار مثقل بارتفاق غير ملزم، مبدئياً، إلا بموجب عدم الفعل، أي بموجب سلبي.

على أنه يمكن أن يكون من المفيد فرض بعض التقديرات الإيجابية على مالك العقار المرتفق به. ومن الضروري أن تفرض هذه التقديرات على الخلف بصفة خاصة. بيد أن العقد يكون ينشئ موجب فعل على عاتق الفريقين لا يمكن إلا أن يكون مؤقتاً. وإلا كان ثمة تعهد أبدي محظور. والحال أن وصف موجب بالنظر إلى الشيء يتيح إضفاء دوام عليه ليس له بالطبع، بوسمه بصفة حق عيني؛ ويصح ذلك في منطق سليم أنه يفرض أيضاً على الخلفاء بصفة خاصة كأي حق عيني.

غير أن الموجب العيني يجب أن يبقى تابع الارتفاق، وإلا أصبح التحفيز الوارد في المادة 686 من القانون المدني فارغ الماهية⁽²⁾.

ولن يحقق الهدف المنشود - فرض موجب إيجابي على الوريث بصفة خاصة - إلا عن طريق إعادة وصف الموجب الشخصي «بوصف الموجب بالنظر إلى الشيء».

(1) انظر H. ABERKANE, Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français، مطروحة مشورة في L.G.D.J.، مقدمة M. FRÉJAVILLE، رقم 1، صفحة 2، وكذلك A. WEILL، Fr. TERRÉ، et Ph. SIMLER، الطبعة الثامنة، 1985، رقم 806.

(2) A. WEILL، Fr. TERRÉ، et Ph. SIMLER، المرجع فيه.

الفصل الثاني

الأنظمة الخاصة

428 - تخضع الحجية لنظام خاص عندما يكون العقد خاضعاً لعلنية قانونية ولها أيضاً خاصيات بارزة تجاه الدعوى البوليانية (أو البولصية)، وعندما تكون هناك صورة.

القسم 1

العلنية القانونية للعقود

429 - ليس لأشكال العلنية جميعاً الموضوع نفسه، بعضها إعلامي بمعنى أنه لا يفترض صحة العقد ولا حجته، وبعضها منشاء لأن إتمامها يتوقف على وجود العقد ذاته، وبعضها الأخير يوصف أحياناً «بالتعريزي»⁽¹⁾. لأنه لا يتعلق إلا بحجية العقد تجاه الغير. ومستفحص هذه الفئة الأخيرة وحدها لأن العلنية في القانون الفرنسي ليس موضوعها التطهير من العيوب القابلة لأن تفسد العقود⁽²⁾.

وستلرس بعد تعداد العقود الرئيسية الخاضعة للعلنية معاقبة عدم وجود العلنية.

الفقرة 1 - العقود الخاضعة للعلنية

430 - منذ نفاذ التقنين النابوليوني ازداد عدد العقود الخاضعة للعلنية بشكل كبير، إلا أنه جرى التشديد، بصواب، على أنه لم يكن هناك قانون للعلنية القانونية⁽³⁾.

ويلاحظ أن العلنية القانونية للعقد تتحقق بعدة تقنيات: يمكن أولاً أن تكون عامة ومجردة، ثم يمكن أن تكون للشخص.

(1) C-T. BARREAU - SALIOU, Les publicités légales, Information du public et preuve des actes مشورات L.G.D.J., 1990، حلقة مناقشة قانون الأحوال، مقدمة J.OHESTIN، رقم 7.

(2) C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 17 وما يليه.

(3) انظر: الفصل القانون المدني، 1935، رقم 2.

(4) انظر: C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 3.

I - العلنية العامة والمجردة

431 - تتحقق بتقنين: التسجيل في السجل العمومي أو النشر في إحدى الصحف، صحيفة الإعلانات القانونية على وجه الموم.

1 - التسجيل في السجل العمومي

432 - ثمة عدد كبير من العقود يقتضي تسجيله في بطاقيات عقارية أو في سجلات أخرى.

١) التسجيل في البطاقيّة العقارية

433 - نظم مرسوما 4 كانون الثاني 1955 و 14 تشرين الأول 1955 حالياً العلنية العقارية. ويحوي هذا النصان إسهاماً إلزامياً من جهة أولى، وإشهاراً اختياريّاً لبعض العقود وبعض الأعمال غير العقوبة من جهة ثانية^(١)، بدون أن يسوسا مباشرة نظام الرهونات العقارية والامتيازات العقارية وهبات أموال قابلة للرهن العقاري بين الأحياء.

434 - تتعلق المادة 28 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955 بالإشهار الإلزامي.

إن العقود التي تتناول حقوقاً عينية وكذلك بعض العقود التي يكون موضوعها حقاً شخصياً فقط هي المعنية بهذا النص.

المادة 28 تنص على أن تُشهر إلزامياً في مكتب الرهونات العقارية لوضع العقارات:

1 - جميع الأعمال، حتى المقرنة بشرط معلق (أو موقوف)، وجميع القرارات القضائية التي تتعلق أو تثبت بين الأحياء من:

أ) نقل حقوق عينية عقارية غير الامتيازات والرهنات العقارية أو إنشائها التي تحفظ حسب الكيفيات المنصوص عليها في القانون المدني⁽²⁾؛

ب) الإيجار لمدة تفوق اثنتي عشرة سنة، حتى بالنسبة إلى الإيجار لمدة أقل، المخالصة أو التنازل عن مبلغ معادل لبذل إيجار ثلاث سنوات أو إيجار الأرض الزراعية خبر المستحق؛

2 - الأعمال بين الأحياء المنظمة بوضوح لإثبات بنود عدم قابلية التصرف الموقت وأي

(١) انظر حول مجمل المسألة A. FOURNIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ص، العلنية العقارية، 1988.

(2) بالنسبة إلى هذا النص، إيجار إعادة التأهيل الذي أنشأ قانون 31 أيار 1980 والمدخل في قانون البناء والإسكان يجب إشهاره لأن المستأجر يحوز حقاً عينياً عقاريّاً قابلاً للرهن العقاري (المادة 252 - 2 - L). وقد سُكّم بأن ارتفاعات تقسيم الملكية إلى حصص يجب إشهارها لتكون قابلة للاحتجاج بها في وجه مكتسب ملكية حصّة، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 أيار 1991، النشرة المدنية، III، رقم 151، منمعة 89.

تقييدات أخرى لحق التصرف، وكذلك البنود القابلة لأن تؤدي إلى حل العقود الخاضعة للملعية وفقاً لما ورد في الرقم 1 أو فسخها، وكذلك القرارات القضائية التي تثبت من وجود بنود كهذه، والقرارات القضائية التي توقف أو تعدل برنامج استمرار المؤسسة الصادرة تطبيقاً للفصل II من القانون رقم 85 - 98 بتاريخ 26 كانون الثاني 1985 المتعلق بالتقويم القضائي والتصنيف القضائية للمؤسسات بإعلان عدم قابلية التصرف الموقت لمال عقاري يعود إلى المدين ضمن شروط المادة 70 من القانون المذكور.

وتخضع أعمال أخرى للملعية الإلزامية في المادة 28، وإنما إذا اكتفينا بتعداد العقود الخاضعة للملعية يمكن لإيراد اتفاقيات الشيوخ العقاري وحسب.

ويحوي بعض النصوص الخاصة، على هامش المادة 28، الإشهار الإلزامي أيضاً لبعض العقود كالمادة 221 - 6 L. من قانون البناء والإسكان التي تبين أن عقد التنشيط العقاري يعتبر أنه يتضمن تقييداً لحق التصرف بمعنى المادة 28 - 2. وتعلق نص مماثل بعقد الإجارة النافذة إلى الملكية العقارية (المادة 4 من القانون رقم 84 - 595 تاريخ 12 تموز 1984). كما أن المادة 111 - 5 L. من قانون المدينة تخضع بعض الاتفاقيات المتضمنة انفصال قسم من قطعة أرض للإشهار الإلزامي.

435 - تتعلق المادة 37 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955 بالإشهار الاختياري.

يحتوي هذا النص سلسلتين من الأحكام. الأحكام الأولى (المادة 37 - 1) لا تعاقب باللاحجية⁽¹⁾. وبعبارة أخرى لا يشكل عدم إتمام العلنية، نظرياً، عقبة أمام حجية العقد⁽²⁾. والأعمال المقصودة هي الوعود الأحادية الجانب بالبيع، والعود الأحادية الجانب بالإيجار لأكثر من سنتين والاتفاقيات المتعلقة بممارسة الارتفاقات القانونية.

وتبرز صعوبة في الاجتهاد في شأن علنية عهد التفضيل. فهل ينبغي مماثله بوعده أحادي الجانب بمعنى المادة 37 - 1 أم بتقييد حق التصرف بمعنى المادة 28 - 2 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955؟ أخذت محكمة النقض في أول الأمر بهذا الوصف الأخير في ما يختص بعهد التفضيل الذي يكون موضوعه نقل ملكية، ولكنه يبدو أنه تخلص عنه في الأحكام الأحدث في ما يتعلق بالتفضيل عندما يكون موضوعه إيجاراً⁽³⁾.

وبالمقابل تعاقب الثانية (المادة 37 - 2)، مع أنها اختيارية، باللاحجية⁽⁴⁾. والأعمال

(1) انظر: Ph. STIMLER et Ph. DELEBECQUE, Les Sûretés, la publicité foncière : رقم 686 وما يليه - A. FOURNIER, المرجع عنه، رقم 144 وما يليه.

(2) انظر الرقم 450 اللاحق وما يليه.

(3) انظر حول هذه المسألة La vente, تأليف GHESTIN et DESCHE، رقم 174.

(4) انظر A. FOURNIER، المرجع عنه رقم 130 وما يليه - Ph. STIMLER et Ph. DELEBECQUE، المرجع عنه، رقم 651 - C.T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 158. انظر بالنسبة إلى التطبيق، الفترة المدنية الثالثة، 18 أيار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 122، صفحة 88.

المقصودة هي 1 - الادعاء أمام القضاء للحصول إلى تكرار الأعمال الخاضعة للعلنية أو المقبولة علنيته أو تحقيقها في الشكل الرسمي، مع أنها لم تنظم في الشكل الرسمي (وهو شرط حتمي للعلنية)، أي، عملياً، تسويات البيع أو الوعود بالبيع جرى استعمال حق الخيار فيها، و 2 - محاضر الكتابة العدل التي تثبت عدم موافقة المتعاقد أو الواعد أو رفضه إبرام العمل الموثق و 3 - الإعلان في عمل كتابة عدل عن إرادة المستفيد من العقد في فرض إبرام العمل الموثق.

436 - لم يجعل مرسوم 4 كانون الثاني 1955 تسجيل الرهونات العقارية والامتيازات العقارية إلزامياً وإنما يعاقب عدم التسجيل بالأحجية⁽¹⁾.

تحيل المواد 11 إلى 27 إلى بعض أحكام القانون المدني. ويمكن أن نندم من الطابع الاختياري للتسجيل، ولكن إذا لاحظنا أن للدائن مصلحة بديهية في التسجيل، طالما أن هذا التسجيل وحده يحفظ حقوقه في التبع والتفضيل، يمكن أن نفهم أن النص على العلنية الإلزامية هو بلا فائدة حقيقية⁽²⁾.

(2) التسجيل في سجلات أخرى

437 - عقد الزواج.

هذا العقد يهيم الغير مباشرة عندما يؤول مصير بعض الأموال ويحدد سلطات الزوجين⁽³⁾. وعلنيته التي جرى تنظيمها لأول مرة بقانون Valette في 10 تموز 1850 يوسها قانون 13 تموز 1965 المدخل في المادة 1394 من القانون المدني.

وتنص الفقرة 3 من هذه المادة على أنه «إذا أتي عمل الزواج على ذكر أنه لم يكن ثمة عقد فيعتبر الزوجان تجاه الغير أنهما تزوجا في ظل نظام القانون العام إلا أن لا يكونا قد صرحا، في الأعمال المعقودة مع هذا الغير، أنهما أبرما عقد زواج». فالعلنية إذاً تحققت طبعياً في تسجيل عمل الزواج في وثيقة حالة مدنية⁽⁴⁾.

وتحدد المادة 1397، الفقرة 3، من القانون المدني، في ما يتعلق بتغيير النظام الزوجي، أن «التغيير المصادق عليه مفعول بين الفريقين اعتباراً من الحكم، وبالنسبة إلى الغير بعد ثلاثة أشهر من البيان الوارد في هامش هذا النموذج أو ذاك من عمل الزواج. على

(1) A. FOURNIER المذكور سابقاً، رقم 128. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE المذكورين سابقاً، رقم 639.

(2) C-T. BARREAU - SALJOU، المذكورة سابقاً، رقم 158.

(3) النظر: F. BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 16، صفحة 28. J. DUCLOS، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 275 وما يليه، صفحة 306 وما يليها، الذي يلاحظ أن «حجة وضع الزوجين المالي أو المطلقين تخضع وحدها للمعاملات القانونية باستثناء حالة الأشخاص».

(4) انظر حول علنية أعمال الحالة المدنية، Les personnes، تأليف G. GOUBEUX، رقم 238.

أن التغير، حتى في غياب هذا البيان، يحنج به تجاه الغير إذا كان الزوجان، في الأعمال المعقودة معه، قد أعلنّا أنهما عدلاً نظامهما الزواجي⁽¹⁾.

وقد قرر المستر أن هذه العلنية كانت غير كافية بالنسبة إلى التجار العتزوجين. فتم فرض إشهار آخر في سجل التجارة والشركات (المادة 1394، الفقرة 4، والمادة 1397، الفقرة 4).

فالتاجر المتزوج عليه إذا، بمقتضى المادة 8، A، 4 من مرسوم 30 أيار 1984 أن يصرح في طلب تسجيله نظام الزواجي بنود تقييدات حرية التصرف بأموال أهل البيت أو عدم وجودها، كما أن عليه، بموجب المادة 12، 2، من المرسوم نفسه، أن يسجل الأحكام التي تصادق على تغيير النظام الزواجي.

وقد رُوي، في شأن تغيير النظام الزواجي، أن انقضاء مهلة الأشهر الثلاثة المنصوص عليها في المادة 1397، الفقرة 3، من القانون المدني، بسبب استقلالية مختلف فروع القانون، غير مطلوب في المادة التجارية⁽²⁾.

438 - الإجارة البيعة المهنية.

تخضع عمليات الإجارة البيعة التي نظمها القانون رقم 66 - 455، 2 تموز 1966⁽³⁾ للعلنية المنظمة في مرسوم 4 تموز 1972. وهذه العلنية يجب أن تتيح تحقيق ذاتية الفريقين والأموال التي تشكل موضوع هذه العمليات.

وعندما يكون موضوع الإجارة البيعة مالاً متقولاً تتحقق العلنية بالتسجيل في سجل خاص مفتوح لهذه الغاية في قلم محكمة التجارة أو في المحكمة الابتدائية الناطقة في الشأن التجاري. وهي مطلوبة في الإجارة البيعية وتتقدم (يمر الزمن عليها) بعد خمس سنوات ما عدا التجديد.

وقد لوحظ أن مجال تطبيق العلنية القانونية موضع نقاش⁽⁴⁾. ويبدو أن محكمة النقض رفضت توسيع الشكلية إذ حكمت بأن العلنية القانونية لا مجال لها عندما يكون المال مؤجراً من الباطن عن طريق مستأجر الإجارة البيعية⁽⁵⁾.

(1) C.T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 168.

(2) يتعلق الأمر بإجارة بيعة تتناول أموال تجهيز معدة لاستعمال مهني وإجارة بيعة تتعلق بعقارات لاستعمال مهني أيضاً. وقد وسع قانون 6 كانون الثاني 1968 المجال السابق للقانون بأن أجاز الإجارة البيعية للمؤسسة التجارية والمؤسسة الحرفية.

(3) RIFERT et ROBLLOT، Traité de droit commercial، الجزء II، الطبعة الحادية عشرة، منشورات L.G.D.J.، رقم 24221، 1988.

(4) النقض التجاري في 11 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 170، صفحة 1150 Dalloz 1983، صفحة 271، تعليق CLWITZ، الناقد؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1983، II، 20074، تعليق E.-M.BEY. انظر بالنسبة إلى حل مماثل في حالة الإجارة البيعية المستندة، النقض التجاري، 21 أيار 1979، Dalloz 1980، صفحة 611، تعليق C.LUCAS-DE LEYSSAC.

وعندما تتناول الإجارة البيعية عقاراً تطبق قواعد العلنية العقارية بلا قيد أو شرط (المادتان 10 و 11 من مرسوم 4 تموز 1972).

439 - العقود المتعلقة بالسفن.

نظم المرسوم رقم 67 - 967 في الفصل VIII نظام علنية لملكية السفن وحالة السفن التي تعمل بالطريقة هينها كما العلنية العقارية⁽¹⁾.

ومكاتب الجمارك هي التي تمسك بطاقيات التسجيل حسب اسم السفينة وتخصص بطاقيات تسجيل لكل سفينة. وتحوي كل بطاقيات البيانات الكفيلة بالتعرف على السفينة، واسم المالك أو المالكين، وفي هذه الحالة بيان حصصهم. كما تتضمن البطاقيات البيانات المتعلقة بالحقوق على السفينة.

وتخضع عدة عقود تتناول السفن للتسجيل في البطاقيات في سبيل حجيتها تجاه الغير، وهي معددة في المادة 92 من المرسوم. ويتعلق الأمر في ما هو أساسي بالعقود المنشئة أو الناقلة أو المسقط في شأن ملكية سفينة أو قسم منها وكذلك الحقوق العينية المنشأة على السفينة.

ويجب أن تخضع للتسجيل الرهونات العقارية المتفق عليها للسفينة، أو لقسم منها، لتكون محتجاً بها تجاه الغير، إلا أنه ينبغي أيضاً، حسب المادة 93، الفقرة 2، من المرسوم، أن تكون موضوع تسجيل في سجل خاص يمسكه، وفقاً للمادة 15، أمين السجل العقاري البحري في المنطقة التي جرى بناء السفينة فيها أو المسجلة فيها إذا سبق أن كانت موضوع عقد فرنسة.

وثمة تشديد على أن معاقبة عدم الإشهار كانت اللائحية تجاه الغير للأعمال التي لم تكن موضع علنية⁽²⁾.

على أنه تين أن علنية العقود المتعلقة بالسفن لم يكن موضوعها عرقلة مبدأ الحجية بقوة القانون لأنها، في الحقيقة، تحل محل قاعدة أخرى موضوعها بالضبط استبعاد هذا المبدأ⁽³⁾.

إن السفن والعمارات البحرية أموال منقولة⁽⁴⁾. والمادتان 1141 و 2279 من القانون المدني اللتان تستبعدان مبدأ الحجية بقوة القانون⁽⁵⁾ ينبغي إذاً أن تكونا مندرجتين للتطبيق في

(1) انظر: E. DU PONTAVICE, Le nouveau statut des navires et autres bâtiments de mer : ملاحظات (1) الاجتهادات الدوري، 1969، I، 2286، ولا سيما الرقم 71 وما يليه.

(2) E. DU PONTAVICE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 90.

(3) M. BILLIAU، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 28.

(4) المادة 190 من قانون التجارة (السلطة) كانت تؤكد ذلك صراحة.

(5) انظر الرقم 417 السابق وما يليه.

ما يتعلق ببيع السفينة. بيد أنه سبق، في ظل قانون 27 فاندسيير العام II ومدونة قانون التجارة لعام 1807، أن حكم بأن القاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» كانت غير مطبقة على السفن لأنها، وإن كانت متقلات بطبيعتها، خاضعة في ما يتعلق بنقلها لقواعد خاصة تستبعد تطبيق هذا المبدأ عليها⁽¹⁾. وقد حكم، تطبيقاً للمادة 195 من قانون التجارة⁽²⁾ والمادة 17 من قانون 27 فاندسيير العام II⁽³⁾، بأن بيع السفينة أو قسم منها لم يكن صحيحاً تجاه الغير إلا أن يكون مسجلاً في معاملة الفرنسية⁽⁴⁾. فإجاز هذه المعاملة هو الذي كان يجعل العقد محتجاً به تجاه الغير، إلا أن هذه المعاملة لا تسيء إلى مبدأ الحجية بقوة القانون لأنه، نظرياً، كان - ولا يزال دائماً - غير مطبق.

440 - التفرغ والنقل والتفويض في شأن الملكية أو بصفة ضمان منتجات حاضرة أو مستقبلية أو قسم منها في ما يتعلق بشريط سينمائي.

وضع قانون 22 شباط 1944 المتعلق بعلنية الأعمال والاتفاقيات، والأحكام في المادة السينمائية والمقتن اليوم داخل قانون الصناعة السينمائية نظام علنية التفرغ والنقل والتفويض⁽⁵⁾ في الملكية أو بصفة ضمان في شأن المنتجات الحاضرة أو المستقبلية لشريط سينمائي (المادة 33) عن طريق سجل عمومي للسينما يعمل بصورة مماثلة للتسجيل في المادة العقارية⁽⁶⁾.

441 - التفرغ من البراءات والعلامات.

تنص المادة 613 - 9 L، الفقرة الأولى، من قانون الملكية الفكرية على أن «جميع الأعمال التي تنقل الحقوق المرتبطة بطلب براءة أو براءة أو تعديلها يجب، لكي تكون محتجاً بها تجاه الغير، أن تكون مسجلة في سجل يسمى السجل الوطني للبراءات تمسكه المؤسسة الوطنية للملكية الفكرية».

كما تنص المادة 714 - 7 L من قانون الملكية الفكرية، في ما يختص بعلامات الصنع، في التجارة أو الخدمة، على أن «كل نقل للحقوق المرتبطة بعلامة مسجلة أو تعديلها

(1) النقص في 18 كانون الثاني في 1870 المستشهد به في Code français et lois usuelles، تأليف RIVIERE، الطبعة 31، 1903، حول المادة 180 من قانون التجارة.

(2) «البيع الإرادي لسفينة يجب أن يكون شطياً أو بعدد عمومي أو بعدد ذي توقيع خاص».

(3) «بيع قسم من المارة يسجل على ظهر عمل الفرنسية من قبل تابع للكتب التجاري المكلف ملك السجل».

(4) النقص في 26 أيار 1852؛ 3 حزيران 1883؛ 16 آذار 1884 المستشهد بها في Code français et lois usuelles، تأليف RIVIERE، الطبعة 31، 1903، حول المادة 195 من قانون التجارة.

(5) انظر حول هذه النقطة الخاصة M. BILIAU، La délégation de créance، أطروحة في باريس، منشورات L.G.D.J.، 1989، مقدمة J. GHESTIN، رقم 391.

(6) II، الجزء، G. LYON - CAEN et P. LAVIGNE، Traité théorique et pratique de droit de cinéma، منشورات L.G.D.J.، 1967، رقم 546، صفحة 103.

ينبغي، لتكون محتجاً بها تجاه الغير، أن تكون مسجلة في السجل الوطني للعلامات⁽¹⁾.

442 - الامتيازات على المؤسسة التجارية.

ينظم قانون 17 آذار 1909 امتياز البائع أو امتياز الدائن الموثق على المؤسسة التجارية. ويتم إثبات هذين الامتيازين وحفظهما بالتسجيل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العقد في سجل عمومي يمسكه قلم محكمة التجارة التي يعود استثمار المؤسسة إلى اختصاصها⁽²⁾.

ب - النشر في إحدى الصحف

443 - الإجارة الإدارية للمؤسسة التجارية والمؤسسات الحرفية.

يجب أن تكون هذه العقود موضوع إشهار خلال خمسة عشر يوماً من تاريخها في شكل خلاصات أو إعلانات في صحيفة مؤهلة لتلقي الإعلانات القانونية. والعلنية نفسها يجب أن تتم عند انتهاء العقد (المادة 2 من مرسوم 14 آذار 1986). وهذه العلنية معدة لحماية الدائنين. ولذلك نصت المادة 8 من قانون 20 آذار 1956 على أن «مؤجر المؤسسة التجارية، حتى إشهار عقد الإجارة الإدارية، وخلال مهلة ستة أشهر اعتباراً من هذا الإشهار، مسؤول بالتضامن مع المستأجر المدير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير في مناسبة استثمار المؤسسة⁽³⁾». وتضع العلنية هكذا شروط تحرر المؤجر تجاه دائلي المستأجر⁽⁴⁾.

ويجدر هنا التذكير بأن الخرفة التجارية في محكمة النقض حكمت بأن موجب إشهار عقد الإجارة الإدارية لا يؤدي، في حالة التمديد الضمني، إلى موجب القيام بعلنية جديدة. فحجية العقد المحدد ضمناً ليست إذاً خاضعة لإتمام معاملة العلنية⁽⁵⁾.

444 - بيع المؤسسة التجارية.

نظم قانون 17 آذار 1909 المتعلق ببيع المؤسسة التجارية أو رهنها، والمعدل غير مرة، علنية بيع المؤسسة التجارية⁽⁶⁾ التي تتم بعناية مكتب الملكية خلال خمسة عشر يوماً من البيع في شكل خلاصات أو إعلانات في إحدى الصحف المؤهلة لتلقي الإعلانات القانونية

(1) تحدد المادة 714 - 1.1، الفقرة 4، من قانون الملكية الفكرية أن نقل الملكية، أو الرهن، يثبت بمسند خطي تحت طائلة البطلان، ويتعلق الأمر، حسب أي احتمال، بشكل مطلوب رسمي وليس في سبيل الإثبات.

(2) انظر حول مجمل هذا النظام R. PIERRE et R. BLOTT, Traité de droit commercial, الجزء I، الطبعة الخامسة عشرة، تأليف M. GERMAIN، منشورات L.G.D.J.، 1993، رقم 627 وما يليه.

(3) انظر حول مجمل النظام R. PIERRE et R. BLOTT المذكورين سابقاً، الجزء I، الطبعة الخامسة عشرة، تأليف M. GERMAIN، منشورات L.G.D.J.، 1993، رقم 557 وما يليه.

(4) J. DUCLOS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 274، صفحة 305.

(5) انظر الرقم 234 السابق.

(6) انظر حول مجمل النظام R. PIERRE et R. BLOTT، الجزء I، تأليف M. GERMAIN، رقم 596 وما يليه.

في التقسيم الإداري أو المحافظة التي يجري فيها استثمار المؤسسة⁽¹⁾. وثمة علنية أخرى منصوص عليها خلال خمسة عشر يوماً من النشر الأول في النشرة الرسمية للإعلانات المدنية والتجارية.

ولم تنظم هذه العلنية إلا لصالح دائني البائع. وهكذا نرى أن هذا المفهوم يؤدي إلى نتائج في حالة التزاع بين المكتسبين المتعاقبين للمؤسسة عينها⁽²⁾.

II - العلنية الشخصية (أي الإعلام للشخصي)

445 - تتعلق هذه العلنية بشكل أساسي بالمدين المحال عليه في حوالة الحق.

يمقتضى المادة 1690 من القانون المدني لا يكون المتنازل قد أعلم الغير إلا بإبلاغ النقل الذي أجراه المدين أو إبلاغ قبوله في عقد رسمي⁽³⁾. وتتحقق حجية الحوالة إذا بإعلام مباشر للغير الأصلي صاحب العلاقة، وهو يقوم، طالما أنه تم إعلامه، حسب تعبير السيدين Malaurie و Aynès، «بدور مركز معلومات، شبه أمين للرهونات العقارية»⁽⁴⁾. والمدين المحال عليه هو الذي يُعلم الغير الذي يمكن أن يتعاقد معه، أو يؤمل ذلك على الأقل.

كما أن العلنية للشخص نص عليها القانون Daily والقانون المتعلق بتسديد الديون، إلا أن موضوعها لم يكن جعل العقود محتجاً بها تجاه الغير⁽⁵⁾.

446 - إعلام الشخص مباشرة هو بديل استثنائي لعدم التسجيل في السجل.

على سبيل المثال، إذا كان عمل الزواج لا يأتي على ذكر وجود عقد زواج، يكون هذا الزواج مع ذلك محتجاً به تجاه الغير الذي تعاقد معه الزوجان إذا كانا قد صرحا أنهما أيرما عقد زواج (المادة 1394، الفقرة 3 من القانون المدني). وثمة نص مماثل في المادة 1397، الفقرة 3، من القانون المدني في ما يتعلق بتعديل النظام الزواجي. وهكذا يكون التصريح بديلاً لعدم وجود العلنية.

وقد جرى التساؤل عما إذا كانت معرفة الغير الفعلية بوسائل أخرى يمكن أن تكون بديل عدم التصريح. بعض المؤلفين يؤكد ذلك⁽⁶⁾: بيد أن آخرين يرون أن التصريح ليس له

(1) كان القانون ينص على تكرار النشر، بيد أن هذه المعاملة أُلغيت بمرسوم 3 كانون الأول 1987، انظر J.DEBRUIP، السجلة الفصلية للقانون التجاري، 1988، صفحة 41، رقم 3.

(2) انظر الرقم 423 السابق.

(3) انظر حول قبول المعاملة المسائلة الرقم 390 السابق.

(4) Obligations، رقم 1226 وما يليه.

(5) انظر الرقم 385 السابق وما يليه.

(6) LAURÉNT، الجزء XXIV، رقم 111، الذي استشهدت به C.T. BARREAU - SALIOU المذكورة آنفاً، رقم 234، التعليق 108، والذي يرى المعرفة عن طريق الإبلاغ. وكذلك F.BERTRAND، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 19، صفحة 32.

معادل ممكن⁽¹⁾، بالتمسك ببرهان النص. فالقانون يعتمد بياناً شكلياً في العقد المبرم مع الغير. ويعبارة أخرى الإثبات الداخلي وحده مقبول باستثناء الإثبات الخارجي، وينبغي الاعتراف فعلياً بأن التفسير التأويلي يقود إلى هذه الخلاصة.

الفقرة 2 - معاقبة عدم وجود العلنية

447 - بعد تفحص خيار المعاقبة يجب تقدير مجالها.

I - خيار المعاقبة

448 - ثمة ثلاث عقوبات معقولة بداهة البطلان والألحجية والمسؤولية. ويستبعد القانون المدني، على وجه العموم، البطلان ليأخذ بالألحجية المقترنة، عند الانقضاء، بالمطل والضرر التمييزيين.

وعندما تكون العلنية القانونية من الممكن فهمها كشكل تنظيم للمعرفة⁽²⁾ يقدر أن البطلان يكون معاقبة غير ملائمة ذلك بأنه ليس ثمة أي سبب لأن تطل الأفعالية الغريقيين نفسيهما⁽³⁾، فألبطلان ليس بالفعل سوى معاقبة شروط شكل العقد: أنها لا تتعلق إذاً إلا بعدم مراعاة الأشكال المطلوبة لصحة العقد ذاته، أي الأشكال الرسمية⁽⁴⁾. والمعاقبة السوية لعدم العلنية هي بالتالي الألحجية.

وقد أمكن تعريف الألحجية عن طريق مفاعيلها: أنها «لا تؤدي إلى البطلان وإنما تحرم العقد من مفاعيله وحسب تجاه بعض الأشخاص. ولذلك ينتج العقد المبرم لتحايل على حقوق المدين مع ذلك مفعولاً في علاقات المدين بالغير الذي بإمكانه الحصول على التنفيذ بالمعادل»⁽⁵⁾.

ومعاقبة موجب تسجيل عقد لدى أمين السجل العقاري (أو الشهر العقاري) تكمن هكذا في سقوط الحجية بقوة القانون للعقد تجاه «الغير»⁽⁶⁾، بدون أن تجر إلى بطلان العقد بين الغريقيين⁽⁷⁾.

(1) C.T. BARREAU - SALIOU المذكورة سابقاً، رقم 235. - موسوعة Dalloz، لموس القانون المدني، v، عقد الزواج، تأليف A.COLOMER، 1981، رقم 247.

(2) C.T. BARREAU - SALIOU المذكورة آنفاً، رقم 3.

(3) C.T. BARREAU - SALIOU المذكورة آنفاً، رقم 8.

(4) انظر تلاشي العقد.

(5) P.BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 151.

(6) انظر M.LÉVY، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 211، صفحة 188: «ليست العلنية هي التي تظهر كمعصر ضروري، حتى منشئ، للحجية تجاه الغير: أنها الألحجية التي تظهر كمقوية لعدم العلنية» (أحرف مائلة في النص). انظر كمتال، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، III، رقم 132، صفحة 86، في شأن حجية ارتفاق تجاه مكتب ملكية مؤسسة تجارية.

(7) انظر: J.GHESTIN et B.DESHE، La vente، رقم 228، صفحة 81.

على أن القانون ينص، استثنائياً، على بطلان العقد غير المسجل. وهكذا تعاقب المادة 11 من قانون 17 آذار 1909 مثلاً عدم تسجيل رهن المؤسسة التجارية بالبطلان.

449 - ثمة نص أحياناً على المعاقبات التابعة.

وهكذا مثلاً، استناداً إلى المادة 33 من مرسوم 4 كانون الثاني 1956، يتعرض الموظفون العموميون أو القضاة المكلفون بالتسجيل في البطاقة العقارية لغرامة 50 فرنك، بيد أن هذه العقوبة ليست موجهة إلى المتعاقدين. يضاف إلى ذلك أن عدم الإشهار يؤدي إلى استحالة نشر عقد لاحق (المادة هي من مرسوم 4 كانون الثاني 1956)؛ وهذا ما يسمى «المفعول النسبي» للعقارية⁽¹⁾.

II - مجال للمعاقبة

450 - يتوقف مجال المعاقبة على القوة التي تعطى للعقبة.

يمكن، بالفعل، إدراك العقبة بشكل موضوعي بحت. وجهل الغير مفترض بما لا يقبل الدحض، ولا حاجة المقد هي بحكم القانون ما أن يثبت أن العقبة لم تتحقق، ما عدا الغش. وتتم العقبة في هذه الحالة بشكل شبه آلي. وبالمقابل، يمكن تبني مفهوم ذاتي للعقبة، ولا يهم، طالما أن العقبة هدفها إعلام الغير، أن تكون قد تحققت ما دام أن الغير أخذ، بطرق أخرى، علماً شخصياً بالعقد. وهذه المعرفة الشخصية تنتج مفعول العقبة ذاته⁽²⁾.

451 - يتجه القانون الوضعي، في بعض الحالات، إلى مفهوم ذاتي، مع المجازفة في التضحية بالأمن القانوني. والحال كذلك في ما يتعلق بالعقبة العقارية.

وقد ثبت السيد Lavis، عند رسم تطور الأفكار، من أن العديد من المؤلفين يتمسك بأن معرفة تفرغ سابق يثبت حسن نية من قام قبل غيره بالتسجيل وسوء نيته يجب أن لا يقام وزن له⁽³⁾. وينبغي اعتبار هذه المسألة أجنبية عن أولية العقبة العقارية.

غير أن الاجتهاد ليس في هذا الاتجاه. فقد قبل في أول الأمر أن قواعد التسجيل العقاري يجب أن تستبعد في حال التواطؤ الغشّي بين البائع ومكتسب الملكية الثاني في التاريخ⁽⁴⁾. ثم حصل تطور ابتداء من عام 1968. ففي حكم Vallet امتنع في حكم 22 آذار

(1) انظر حول هذه المسألة Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE، المذكورين آنفاً، رقم 681 ورقم 682.

(2) انظر حوز جدارة هذين النظامين C.T. BARREAU - SALIOU، المذكورة آنفاً، رقم 9.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 213 وما يليه، صفحة 188 وما يليها.

(4) انظر: F. BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 52، مجرد العلم بالبيع الأول لا يكفي... S. GINOSAR، *Liberie contractuelle*، المراجع حينه، رقم 20، صفحة 48، والأحكام الجديدة... المستشهد بها والتعليق 90. وقد انتقد المؤلف هذا الاجتهاد بحجة أن العقبة لا تكون نتيجتها إنشاء، قريبة مادياً للمعرفة قابلة لأن تكون إثبات العكس، وتمسك أيضاً بأعمال Boissonade في *Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de*

1968⁽¹⁾، الإسناد إلى «تواطؤ غشي» بالحكم. بأن «مجرد معرفة مكتسب الملكية الثاني بتصرف أول غير مسجل يكفي لاستبعاد قواعد العلنية العقارية وإعلان التصرف الأول محتجاً به تجاه مكتسب الملكية الثاني في التاريخ».

وأكدت محكمة النقض في عام 1974⁽²⁾ «بأن اكتساب ملكية عقار مع العلم بالتفرغ السابق عنه للغير بشكل الخطأ الذي لا يتيح لمكتسب الثاني التذرع لمصلحته بالعلنية العقارية». وبعد أن ظهر إدخال فروقات دقيقة على هذا المذهب استعادته الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بكامله في حكم بتاريخ 20 آذار 1979⁽³⁾. ولا يبدو أن محكمة النقض منذ ذلك التاريخ قد عدلت موقفها⁽⁴⁾.

وعلى ذلك يبدو أن المسؤولية المدنية في القانون العام هي التي تشكل عبة أمام وإلالية العلنية العقارية⁽⁵⁾. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض تستند صراحة إلى المادة 1382 من القانون المدني في أحكامها⁽⁶⁾.

وقد عرض السيد Lévis أن تكون المادة 1382 من القانون المدني هي الأساس الجوهري لهذا الاجتهاد. ففي عرفة ليس حسن نية من يُشهر أولاً سوى شرط ناشئ عن مبادرة مستقلة لإلالية العلنية العقارية⁽⁷⁾. «ليس حسن النية شرط حجية الحق العيني، أنه هنا شرط تطبيق العلنية العقارية، في الحالة التي تفقد العلنية العقارية فيها إلى سقوط هذه

= transcription et d'inscription hypothécaires، المجلة السلية للقانون الفرنسي، 1870، المجلد 30، صفحة 549 وما يليها.

(1) Dalloz، 1968، صفحة 412، تعليق J. MAZEAUD، مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، II، 15587، تعليق A. PLANQUEL، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 544، ملاحظة J. D. BREDIN، لفرس Defrénois، 1968، البند 29144.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 كانون الثاني 1974 (حكم Vial)، النشرة المدنية، III، رقم 50، صفحة 137، لفرس Defrénois، 1974، البند 30631، صفحة 647، تعليق G. GOUBEAUX، مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، II، 18001، القضية الأولى، تعليق DALLOZ، 1975، صفحة 427، تعليق J. PENNEAU.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 آذار 1979، النشرة المدنية، III، رقم 71، صفحة 52؛ Dalloz، 1979، الصفحة 399 من التقرير، 28 أيار 1979، النشرة المدنية، III، رقم 116، صفحة 68؛ Dalloz، 1979، الصفحة 409 من التقرير.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1992، النشرة المدنية، III، رقم 200، صفحة 122؛ Dalloz، 1993، صفحة 528، تعليق A. FOURNIER، الناقد.

(5) A. FOURNIER، المذكور سابقاً، رقم 591 وما يليه - F. BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 39 وما يليه.

(6) انظر في المقام الأخير حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1992، الحكم المذكور سابقاً. - 22 أيار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 128، صفحة 71؛ Dalloz، 1970، الصفحة 145 من التقرير.

(7) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 226 وما يليه، صفحة 196 وما يليها. يشير المؤلف إلى أنه ينضم إلى تقديم السيد Goubeaux لاجتهاد محكمة النقض.

الحجية⁽¹⁾. والإسناد إلى الخطأ لا يترجم الطبيعة الحقيقية لاجتهاد محكمة النقض ذلك بأن القاضي، باستبعاد دور العلنية العقارية، ويعود بالضرورة إلى نظام الحجية بقوة القانون وإلى تطبيق القول المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق.

من الصحيح أن حلول القانون الوضعي، على الصعيد العملي، تبقى موضع نقد. وهكذا كُتب في صدد التفسير الذي اقترحه السيد Lévis: «الكل يغوينا كثيراً ولكن بدون أن ينسبنا أن العلنية العقارية، في ما يتعلق بالأمن القانوني، تتوقف عن أن تقوم بوظيفتها منذ هذا الاجتهاد الشهير...»⁽²⁾.

والمفهوم الذاتي للعلنية، في مجال براءات الاكتشاف، يأخذ بها أيضاً القانون الوضعي⁽³⁾.

ومن المعروف أن التنازل عن براءة يخضع للعلنية بالنسبة إلى حجته تجاه الغير. بيد أن القانون حدد أن العقد، قبل تسجيله، يحجب به تجاه الغير الذي اكتسب حقوقاً بعد تاريخ هذا العقد، وإنما كان على علم به عند اكتساب هذه الحقوق. ويعني ذلك التأكيد بوضوح أن المعرفة الشخصية للغير تعادل العلنية.

ويبدو أيضاً أن المفهوم الذاتي هو المعتمد في ما يتعلق باثمان الإيجار المهني للمنفول أو الثابت⁽⁴⁾ وبالتالي التنازل المتعاقب عن النص السينمائي ذاته⁽⁵⁾.

452 - لا يمكن، في مواد أخرى، أن تكون المعرفة بديلاً عن عدم العلنية، مما يترجم تبني المفهوم الذاتي. والحال هكذا في تسجيل الرهن العقاري.

يؤكد حكم صدر عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 17 تموز 1986 المبدأ بوضوح⁽⁶⁾.

- (1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 236، صفحة 203.
- (2) انظر في الطام الأخير Ph. JESTAZ، مجلة الأطروحات، رقم 393، تعليق على أطروحة السيد LÉVIS في السجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 83.
- (3) C.T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 211 ورقم 212.
- (4) C.T. BARREAU - SALIOU، المذكورة آنفاً، رقم 210، الاستشهاد بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 كانون الأول 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 265، صفحة 199، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، II، 21065، تعليق E.M.BEY.
- (5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 تشرين الأول 1970، النشرة المدنية، I، رقم 227، صفحة 228 (مجرد المعرفة يكفي).
- (6) النشرة المدنية، III، رقم 118، صفحة 93؛ السجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 368، رقم 2، ملاحظة C. GIVERDON و P.SALVAGUE - GEREST، فهرس Dalfrénois، صفحة 1178، تعليق L.AYNEB. انظر في الاتجاه عينه النقض المدني، 4 شباط 1918، 1918، Sirey، 19، 1، 47؛ يوربات الكتابة (العمل)، 1918، البند 31956، صفحة 313. نازر بالنقض المدني، 27 آذار 1949، Dalloz الدوري، 49، 1، 188. كان الأمر يتعلق في القضية المرافعة بمعرفة ما إذا كان مجرد معرفة تسجيل عقاري يمكن أن يجبر مكتب ملكية المطار شخصياً تجاه الدائن المسجل. أن جواباً سلبياً مفروض في حرف مجلة

كان أحد المصارف في هذه القضية هو سجل على عقار امتيازاته كمقرض أموال وبائع مع مفعول حتى 30 حزيران 1981. وجرى التصرف بالعقار لاحقاً وسجل العقد في 5 تشرين الأول 1981. وفي 11 كانون الأول 1981 سجل المصرف «امتيازاته المنحلة في رهن قانوني»⁽¹⁾، وادعى ممارسة حقه في التبعية ضد مكتسي الملكية. وخسر دعواه استنفاً، فتمسك في طعنه بأن مكتسي الملكية ليس بإمكانهم التذرع بلا حجية تأميناته لأنهم كانوا على علم بوضع الأموال المكتسبة ويحقوق المصرف. وجرى رد سبب التسوية هذا بحجة أن الظرف، على افتراض ثبوته، بأن مكتسي الملكية كانوا على علم بشخصي القروض التي أعطاهم المصرف وبالتأمينات التي ضمنتها، لا يمكن أن يكون بديلاً عن التسجيل، النمط القانوني الوحيد للعناية⁽²⁾. وهذا يعني التأكيد بوضوح أن المعرفة لا يمكن أن تؤدي إلى سقوط إوالية التسجيل.

وتبني محكمة النقض التحليل عنه في ما يتعلق بالتنازلات عن الأقدمية. فقد نقضت حكم محكمة الاستئناف، استناداً إلى الحادثتين 1165 و 2149 من القانون المدني، لأنه استند حصراً إلى معرفة الغير الشخصية بالتنازلات عن الأقدمية لقبول حجته⁽³⁾. أي أن المعرفة لا يمكن أن تكون بديلاً عن عدم العناية.

إن نظام حجية حوالة الحق يخضع للمنطق عنه. وهكذا جرى الحكم في حالة النقل المتعاقب الشخصي لذين واحد بأن المتنازل له الذي أبلغ قبل غيره المدين بهذا النقل مفضل على المتنازل له السابق، حتى ولو كان على علم بوجوده قبل تنفيذ المعاملات الواردة في المادة 1690، باعتبار أن هذه المعرفة بدون تأثير في صحة التنازل⁽⁴⁾. وفرضية التواطؤ الغشبي مع المتنازل محتفظ بها في أي حال⁽⁵⁾.

- النقض - قارن بـ C.T. BARREAU - SALIOU المذكورة آنفاً رقم 244 وما يليه، النوازل حول أساس هذا الاجتهاد بالنسبة إلى الاجتهاد الذي نما في مجال التنازل المتعاقب عن المال عينه لمكتسي الملكية (الرقم 451 السابق). وهي ترى قرامة المادة 2147 من القانون المدني على أنها تفرض معاملة علنية مشقة والمادة 30 من مرسوم 4 شباط 1955 على أنها تفرض معاملة علنية تمزيقية.

(1) في نص الحكم.

(2) النقض التجاري، 8 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، IV رقم 5، صفحة 3، Dalloz 1987، صفحة 375، تعليق L. AYNÈS.

(3) النقض التجاري، 19 آذار 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 137، صفحة 106، قارن بحكم لديم لغرفة المرافض في 10 كانون الثاني 1905، Dalloz الدوري 1908، 1، صفحة 1345، يوربات الكتابة العدل، 1908، البند 28611، صفحة 31، التي حكمت بأن معرفة الدائن المرتهن بالتفريغ السابق عن دخل اسمي في الحالة كانت تكفي لاعتباره سيء النية وجعل التفريغ محتجاً به تجاهه في حين أن نقل كوكلا كان عاصماً لإتمام المعاملات ليكون محتجاً به تجاه الغير، ولم تكن هذه المعاملات قد جرى إنجازها في القضية الراضة.

(4) انظر كيتال على الغش، وإن عرّض الحكم نفسه للنقد، (انظر تعليق CAMPION، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 63 وما يليها)، النقض المدني، 7 تموز 1987، S. 88، 1، 113، تعليق WAHL، يوربات الكتابة العدل، 1898، البند 28431، صفحة 28.

ومن المقبول في القانون التجاري أن المعرفة الشخصية للغير لا يمكن أن تستبدل بإتمام معاملات علنية عقد الإجارة الإدارية⁽¹⁾ للمؤسسة التجارية⁽²⁾. كما أن الأعمال التعديلية لإحدى الشركات لا يحتج بها تجاه الغير إلا أن تكون قد سجلت في سجل التجارة والشركات، حتى ولو كانت موضوع علنية قانونية أخرى⁽³⁾.

453 - يمكن أن يعتبر المفهوم الذاتي كحل مبني.

تطرح المسألة أيضاً أمام تنوع حلول كهذا، لمعرفة ما إذا كان ثمة مبدأ مقترن باستثناءات أم لا. وتساءل السيدة Barreau - Salioy عما إذا كان هناك مبدأ عام لحصرية العلنية القانونية أو، على العكس، إذا كان المبدأ هو مبدأ التكافؤ بين المعرفة الشخصية للغير والعلنية المنجزة⁽⁴⁾. وهي تميل لصالح الفرع الثاني من البديل إذ قالت إن «التشريع الجديد هو دائماً لصالح إعمال مبدأ التكافؤ» ولأنه «ينبغي أن لا يغيب عن النظر أن العلنية لا يمكن وضعها نهائياً خارج دائرة الأخلاق». غير أن المعرفة التي يجب أن يفرضها القانون الرضعي ينبغي أن تكون فعلية، مما يستبعد معرفة ناقصة⁽⁵⁾. وهذا الموقف يمكن قبوله لأنه يوفق بين التقنيّة القانونية والإنصاف وحسن النية. ويمكن أيضاً التقدير أن التكافؤ يبدو منطقياً أكثر من الحصرية طالما أن المبدأ الأول هو مبدأ الحجية بقوة القانون تجاه الجميع بدون شرط⁽⁶⁾.

454 - لا تتعلق اللأجبية، وهي عقوبة عدم العلنية، إلا ببعض فئات الغير⁽⁷⁾.

إن المادة 30 - 1 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955 التي تنظم العلنية العقارية هي إشهار أول لهذا البديل⁽⁸⁾. وبموجب هذا النص «إن الأعمال والأحكام القضائية الخاضعة للعلنية تطبيقاً للفقرة 1 من المادة 28⁽⁹⁾ إذا لم تكن موضع علنية لا يحتج بها تجاه الغير الذي اكتسب على العقار نفسه من المورث عينه حقوقاً متنافسة امتداداً إلى أعمال أو أحكام خاضعة لموجب العلنية ذاته ومسجلة، أو قام بتسجيل امتيازات أو رهونات عقارية. وهي غير محتج

(1) C-T. BARREAU - SALIOY، المذكورة سابقاً، رقم 262 وما يليه.

(2) C-T. BARREAU - SALIOY، المذكورة سابقاً، رقم 268.

(3) النقص التجاري، 29 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 275، صفحة 194.

(4) C-T. BARREAU - SALIOY، المذكورة سابقاً، رقم 214.

(5) رقم 218 ورقم 219.

(6) M. BILLIAU، المادة المذكورة آنفاً، رقم 44.

(7) F. BERTRAND، الأطروحة الألفية المذكورة، رقم 132، وهو يلاحظ أن «فئة الغير المحمي واسعة إلى حد ما حسب الظروف». انظر أيضاً C-T. BARREAU - SALIOY، المذكورة سابقاً، رقم 109 التي ترى أن مما لا طائل تحته البحث عن تعريف إجمالي للغير المحمي بقانون العلنية القانونية.

(8) C-T. BARREAU - SALIOY، المذكورة سابقاً، رقم 110 وما يليه.

(9) تستهلف المادة 28 - 1، انتقال الحقوق العلنية العقارية، أو إنشاءها، غير الامتيازات والرهونات العقارية وكذلك بعض الحقوق الشخصية ومنها الإيجارات المعقودة لمدة تتجاوز اثني عشرة سنة. انظر الرقم 434 السابق.

بها أيضاً إذا تم تسجيلها عندما تكون الأعمال أو الأحكام أو الامتيازات أو الرهونات العقارية التي يتسك بها هذا الغير قد جرى تسجيلها سابقاً⁽¹⁾.

ويستطيع الغير بمعنى هذا النص وحده التذرع بسقوط الحجة⁽²⁾.

ويظهر هذا القصد حكم صدر عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 4 شباط 1987⁽³⁾.

كانت اتفاقية منشئة لارتفاع عدم التعلية *non altus tollendi* قد أبرمت في 7 تموز 1966 بين السيد Pommier مالك العقار المرتفع به والسيدة Lagarde مالكة العقار المنخفض من الارتفاع. ولم تُسهر الاتفاقية خلافاً لمرسوم عام 1955. وقد بيع العقاران بعد ذلك بدون الإشارة إلى الارتفاع الاتفاقية. وتذكر الزوجان Belloti، وهما خلفا السيد Pommier، لارتفاع عدم التعلية. فتقدم الزوجان Marc، وهما خلفا السيدة Lagarde، بدعوى وحصولاً على مراعاة الارتفاع. وجرى رد الطعن بحجة «أن الحكم الذي بين أن الزوجين Belloti والزوجين Marc هم خلفاء بصفة خاصة للسيد Pommier والسيدة Lagarde والذي ثبت من أن اتفاقية 7 تموز 1966 ولدت في الوقت عينه موجباتاً على السيد Pommier وحفاً للسيدة Lagarde، استنتج من ذلك بصواب... أن الزوجين Belloti ليسا الغير بمعنى المادة 30 - 1 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955، وقد اكتسبا حقوقهما من مورث مختلف عن مورث الزوجين Marc».

وبذلك كانت اتفاقية الارتفاع محتجاً بها تجاه الخلفين بدون إتمام معاملات العلنية وفقاً للقانون العام للحجة العقود.

وهذا يعني عملياً أن مجال المادة 30 - 1 يتعلق بشكل رئيسي بالنزاع بين مكتسبي الملكية المتعاقبين لمورث واحد. وينبغي الافتراض أن أ باع ب ثم باع أ ثانية المال عينه لـ ج، فقد بذلك الملكية.

إن مكتسب الملكية الأكثر عناية، أي من يكون قد سجل قبل غيره، هو الذي بإمكانه التمسك بالمادة 30 - 1، بحيث أنه إذا كان مكتسب الملكية الثاني تاريخياً - المكتسب من غير المالك الحقيقي - هو الذي سجل قبل غيره، فإنه يعتبر مالكا، ذلك بأن البيع الأول لا يحتاج به تجاهه. وعليه جرى استبعاد القاعدة الأول زماناً هو المفضل في الحق. اورغماً عن التأكيد أن العلنية للعقارية هي تعزيزية للحق وحسب، بدون افتراض صحتها في الأساس،

(1) انظر: F. BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 29. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE، المذكورين آنفاً، رقم 855 وما يليه.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 20، صفحة 112 *Servitude et grandeur de la publicité foncière en droit français (A propos de deux décisions récentes de la Cour de cassation)*، D. 1988، العرض XXXIX، صفحة 247. وينتقد المؤلف هذا الحكم لأنه رفض إعفاء صفة الغير.

يكون مفعول قاعدة أقدمية العلنية في هذه الحالة تغطية عيب البطلان الذي يشوب البيع الثاني. والشككية مسيطرة هنا إلى درجة أنه إذا كان مكتسب الملكية الأول ينتصر في النهاية فذلك لأنه سجل سنده قبل غيره وليس بسبب أقدمية حقه ذاته⁽¹⁾.

إن مجال معاقبة عدم العلنية الواردة في المادة 30 - 1 أياً كان أمر وجهة النظر هذه يظهر محدوداً جداً طالما أنه لا يتعلق بالديون العادية ولا بالذين عليهم تسجيل حقوقهم المتنافسة ولا بالخلفاء الكليين.

ومفهوم الغير، بالمقابل، ممتد إلى حد كبير في ما يتعلق بالجهات القابلة للرهونات العقارية الواردة في المادة 939 من القانون المدني. وبالفعل يبقى عدم علنية هذه العقود، حسب المادة 30 - 2 من مرسوم 4 شباط 1955، محتجاً به ضمن الشروط المحددة في المادة 941 من القانون المدني. والحال أن هذا النص يقول: «عدم العلنية يمكن الاحتجاج به تجاه جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة، ما عدا الأشخاص الذين عليهم القيام بالعلنية أو خلفاءهم، والوهاب». والدائون العاديون مماثلون هنا بالغير⁽²⁾، مما يجيز لهم التمسك بعدم العلنية⁽³⁾. كما أن الدائنين العاديين يعتبرون كالغير تجاه الاستبدال المسموح به والخاص للعلنية. وحسب المادة 1071 من القانون المدني «لا يمكن أن يُستبدل عدم العلنية ولا أن يُنظر إليه كخطأ بمعركة أن الدائنين أو الغير مكتسبي الملكية بإمكانهم أن يكون لهم التصرف بطرق أخرى غير طريق العلنية».

وقد سبق أن رأينا، في ما يختص ببيع مؤسسة تجارية، أن العلنية لا تتعلق بكل أنواع الغير الذي يمكن أن تكون له مصلحة: ليس الغير إلا الدائنين العاديين للبايع والشاري⁽⁴⁾.

وأخيراً يمكن الاستشهاد بالعادة 46 من قانون 2 كانون الثاني 1968 المتعلق بالبراءات

(1) A. FOURNIER المذكور سابقاً، رقم 574.

(2) وليست الحال كذلك في ما يخص الورثة أو الخلفاء الكليين للفرقاء المتعاقدين (القضض المدني، أول حزيران 1897، Dalloz الدوري 1، 98، 158، يوريات الكتابة العدل، 1898، البند 26428، صفحة 25). روضع المستأجر ليس أكيداً. وبالفعل، بالنسبة إلى الغرفة الاجتماعية (22 أيار 1950، النشرة المدنية، IV، رقم 454، صفحة 303. 17 تشرين الأول 1958، Dalloz، 1959، صفحة 465، تعليل R. SAVATIER، النشرة المدنية، IV، رقم 1054، صفحة 800 - 10 تشرين الثاني 1966، النشرة المدنية، IV، رقم 778، صفحة 662) وإلى الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، ليس غيراً (17 حزيران 1980)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، II، 19584، تعليل M. DAGOT، النشرة المدنية، III، رقم 118، صفحة 187؛ فهرس Defrénois، 1982، البند 32826، صفحة 214، ملاحظة AUBERT (J.). والمحنة المثارة هي أن العلنية غير مطلوبة إلا بالنسبة إلى الغير حائز حق عيني على العقار. وبالمقابل المستأجر هو غير بالنسبة إلى الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض (19 تشرين الأول 1966، النشرة المدنية، I، رقم 477، صفحة 363، Dalloz، 1967، صفحة 77، تعليل MAZEAUD)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1967، II، 15160، تعليل ROUILLER. أنها قراءة حرفية للمادة 941 تنزع وجهة النظر هذه.

(3) انظر: J. DUCLOS، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 295 ورقم 310. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE، المذكورين سابقاً، رقم 667.

(4) انظر الرقم 423 السابق. انظر أيضاً C. T. BARREAU - SALJOU، المذكورة سابقاً رقم 120 وما يليه.

التي تبين أن الغير هو من اكتسب حقوقاً على البراءة.

والقانون يحدد، في الأوضاع المثارة، هو نفسه الغير المعني بالعلنية. والمسألة التي تطرح إذاً هي معرفة ما إذا كانت العلنية، في غياب التحديد الدقيق، تتعلق بأنواع الغير جميعاً. إن هذه المسألة، كما لوحظ، تتعلق على وجه الخصوص بعلنية النظام الزوجي وعلنية التنازل عن العلامات⁽¹⁾.

ولحل هذه المسألة جرى الأخذ بأن «قرينة المعرفة لا فائدة منها إلاّ تجاه الغير الذي بإمكانه اكتساب حق قابل لأن يناقض الحق الذي يحوزه من يتمسك به». وعليه كان الاقتراح بتعريف «الغير» بأنه «شخص محمي بصورة خاصة بإمكانه التمسك بعدم إنجاز العلنية التي يمكن الاحتجاج ضدها بقرينة المعرفة الناجمة عن إتمام معاملات العلنية»⁽²⁾. وهذا التعريف يعرض الحقيقة على الأرجح، غير أن له سيئة عدم حل المسألة المعروضة. كيف يمكن، بالفعل، معرفة أيّ غير توجب حمايته على وجه الخصوص؟

ويبدو من الأفضل الأخذ بأن العلنية، في حال عدم وجود نص صريح بخالف، ينبغي أن تنتج مفاعيل تجاه جميع أنواع الغير بدون تمييز. ويمكن الاستناد، لدعم هذا الرأي، إلى القول المأثور يجب عدم التفرقة عندما لا يفرق القانون *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. وعلى الأرجح بالفعل أن المشتري، بعدم تحديد حلقة الغير، أراد أن تتعلق العلنية بجميع أنواع الغير شرط أن تكون له مصلحة في التمسك بعدم الحمجية الناتجة من عدم العلنية.

وهذا ما يمكن استخراجه من التفسير الاجتهادي للمادة 1690 من القانون المدني. ففي 4 كانون الأول 1985 حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض «بأن الغير، بمعنى هذا النص، ليس إلاّ من لم يكن فريقاً في عقد التفريغ وله مصلحة في أن يكون المتفريغ ما يزال دائئاً»⁽³⁾. ونتج عن ذلك أن دائني المدين المحال عليه لم يوا غيراً بمعنى المادة 1690 من القانون المدني؛ وليس بإمكانهم إذاً التمسك بعدم التبليغ لدعم أن التفريغ غير قابل للاحتجاج به تجاههم.

(1) C-T. BARREAU - SALIOU المذكورة آنفاً، رقم 125.

(2) C-T. BARREAU - SALIOU المذكورة سابقاً، رقم 126، أحرف مائلة في النص.

(3) الشبهة المدنية، (أ)، رقم 336، صفحة 302، المجلة القضائية للقانون المدني، 1986، صفحة 750، رقم 10، ملاحظة J.MESTRE.

القسم 2

الغش البوليانى (أو البوليصي)

455 - المصدر التاريخي.

بإمكان الدائنين، حسب المادة 1167، الفقرة الأولى، من القانون المدني، «باسمهم الشخصي، الطعن بالأعمال التي يقوم بها مدبتهم غشاً للإضرار بحقوقهم».

يمكن أن يبدو هذا النص، حرفياً، مجرد تطبيق، لصالح الدائنين، للقول المأثور الغش يفسد كل شيء *fraus omnia corrumpit*.

على أن الدعوى البوليانة (أو البوليصية)، أو دعوى الرجوع، التي اكتفى واضعو مدونة القانون المدني في صدرها بالتذكير بمبذنها في المادة 1167، هي، تاريخياً، قديمة. وكان موضوعها أكثر تحديداً ودقة.

فالدعوى البوليانة مصدرها القانون الروماني⁽¹⁾، ويعود اسمها إلى الحاكم الروماني بولس Pauli الذي أنشأها، ولكنه، في الحقيقة، لم يكن موجوداً على الإطلاق⁽²⁾.

وما هو أساسي أن هذه الدعوى، في القانون الروماني، كانت تمارس في إطار ملاحقة جماعية، *venditio bonorum*، عن طريق نوع من الوكيل يمثل جماعة الدائنين *Curator bonorum vendendorum*، وكانت نتجتها تنفيذ الدائنين ولا ريب. وكان الأمر يتعلق، تجاه

(1) انظر حول تاريخ الدعوى البوليانة *J.-A. ANKUM, De geschiedenis der actio pauliana*، مع موجز هام باللجنة الفرنسية. انظر أيضاً *E. PETIT, Traité élémentaire de droit romain*، منشورات Rousseau، الطبعة الخامسة، 1906، رقم 786 وما يليه. *L. GUILLOUARD, De l'action paulienne en droit romain et en droit français*، أطروحة في كان 1868، ولا سيما «الملقعة التاريخية»، صفحة 1-XX.

(2) قارن بـ *P. COLLINET, L'origine byzantine du nom de la Paulienne*، مجلة تاريخ القانون الفرنسي، 1919، صفحة 187 وما يليها، الذي يقدر، بعد أن لخص دراسته ويبين أن اسم بوليانة، «الناس» عن معبود تفسير بيزنطي⁹، جرى تعميمه من قبل مدرسة الشارحين في القرون الوسطى، إن الإيمان بالاسم المتكلم ساهم بعد ذلك إلى حد كبير في نجاحها (صفحة 208).

موجودات (أصول) غير كافية لإيفاء الدائنين جميعاً، بالحصول على إبطال العقود التي بموجبها أقر المدين غشاً ذمته المالية.

كانت هذه الدعوى تستدعي إذاً عسر المدين. وتعاقب، إضافة إلى ذلك، جريمة جزائية حقيقية *fraus creditorum*، في شكل تعويض بمبلغ كفي على عاتق الغير المتواطئ على الغش الذي عليه أن يدفعها للدائنين، إلا أن بفضل رد المال المهرب من ذمة المدين المالية. ولم تكن الدعوى البولائية في القانون القديم تطبق إلا نادراً لأن معظم الأعمال كانت تتم أمام الكاتب العدل وتؤدي حكماً، لصالح الدائنين، إلى رهن عقاري عام على أموال المدين، ولم يكونوا بحاجة إلى ممارسة دعوى الرجوع عن التصرف لأنهم يملكون حق التبع. وأعاد زوال هذا الرهن العقاري العام لدى وضع القانون المدني إلى الدعوى البولائية أهمية عملية كبيرة، على أن واضعي هذه المدونة، لعدم وجود نظرية عامة لدى المؤلفين القدامى الذين كانوا يحيلون إلى القانوني الروماني، اكتفوا بالإتيان على ذكر الدعوى البولائية في المادة 1167 بدون تنظيمها.

456 - التطور والتوسع الحديث.

من التقليدي القول إن هذا التنظيم بقي منسوخاً عن التقليد⁽¹⁾. بيد أن الدعوى البولائية تفرق بوضوح عن التقليد الروماني في أن الأمر يتعلق اليوم، على الأقل بالنسبة إلى الدائنين غير التجار، بدعوى فردية لم تعد تمارس إطلاقاً في تصفية جماعية لأموال المدين المعسر. وكان على الاجتهاد، بسبب ذلك، تحقيق بعض التكيف للحلول التقليدية في أول الأمر. وانطلاقاً من ذلك ينزع اليوم، عن طريق تطور تسارع منذ بضعة سنوات، إلى أن يوسع مجال الدعوى البولائية، وأن يجعل منها معاقبة جميع الأعمال التي يقوم بها المدين انتهاكاً لحقوق دائنيه. وكان هذا التطور متقداً باسم التقليد. إلا أنه يمكن أن يتحلل بالأحكام العامة جداً للمادة 1167 من القانون المدني. أنه يتجاوب، إضافة إلى ذلك، مع حاجة تهذيب الأخلاق في العلاقات بين المدينين والدائنين التي أعطاهما دعماً نصياً. غير أن له سبباً إضافياً الطابع الخاص للدعوى البولائية التي نزع بالتالي إلى أن تختلط بمعاينة الغش بشكل عام، وأكثر من ذلك بمجرد المسؤولية المدنية.

وهكذا أصبحت الدعوى البولائية، التي توسع إطارها هكذا، في أي حال، والتي كانت تقوم على وجه الخصوص بدور وافي للرفع « تمارس كثيراً كما يشهد على ذلك العدد الكبير نسبياً للأحكام الصادرة في السنوات الأخيرة من محكمة النقض في هذا الشأن.

457 - تفرق الدعوى البولائية عن الدعوى غير المباشرة ودعوى إعلان الصورية.

الدعوى البولائية، كما تبين المادة 1167 من القانون المدني، يمارسها الدائنون

(1) انظر على وجه الخصوص، G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, الجزء II، 1957،

صفحة 524، رقم 1398، إبراز مقال منعش للمحافظة في المؤسسات القانونية.

«باسمهم الشخصي»⁽¹⁾. وتعارض في ذلك مع الدعوى غير المباشرة التي يمارس فيها الدائن دعوى تعود إلى مدينه. ولا يتعلق الأمر بمعالجة جمود هذا المدين وإنما باستبعاد نتائج نشاطه الغشي.

وقد حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 25 شباط 1986⁽²⁾، «بأن الغش البوليفاني، في قضية أدخلت استناداً إلى المادتين 1166 و 815 - 7، الفقرة 3، من القانون المدني، حيث يمارس الدائن حقوق مدينه، لا يمكن أن يستند إليه الدائن، خلفه، لإبطال عمل يشكل عبة أمام ادعائه».

وتهدف الدعوى البوليفانية إلى إبطال عقد عيني. وهي تغترق بذلك عن دعوى إعلان الصورية التي تتبع للدائن أن يثبت أن عملاً اغتصب مال مدينه ما هو سوى ظاهر، وأن هذا المال، في الحقيقة، لم يخرج من ذمة مدينه المالية ويمكن بالتالي حجزه. وهاتان الدعويان اللتان كانتا مختلطين لمدة طويلة هما اليوم متميزتان بوضوح ذلك بأن إبطال عمل غشي، وإنما حقيقي، لا يخضع للنظام عينه إلا في مجرد إثبات الحقيقة عن طريق تدمير ظاهر خداع⁽³⁾.

458 - الدعوى البوليفانية هي دعوى شخصية.

توجه الدعوى البوليفانية عملياً ضد الغير المتواطىء مع المدين في الغش⁽⁴⁾، مع أن هذا المدين مقحم دائماً في القضية. وهي تهدف إلى إرجاع المال المهرب إلى ذمة المدين المالية. وهي تقترب هكذا من دعوى الإبطال. على أن محكمة النقض تستبعد وصف الدعوى

(1) ما لا يمنع مكتسب ملكية عقار الذي دفع لدائن الرهن العقاري، وبذلك «يحمل محله في حقوقه جميعاً» من مسارة الدعوى: الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 أيار 1984، النشرة المدنية، I، رقم 155، صفحة 131.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 35، صفحة 31. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 نيسان 1986، النشرة المدنية، I، رقم 101، صفحة 69، الذي بين «أن الرجوع من عبء بين الزوجين ينشأ عن حق مرتبط حصراً بالشخص وهو يملك غير قابل لأن يمارسه الدائن مكان مدينه»، ويستبعد بهذه الحجة القانونية الصرف مطلقاً مستجيباً من أن قضاة الاستئناف لم يجيبوا على ادعاء الإبطال المبني على المادة 1166 من القانون المدني. وخلاصة هذا الحكم (مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة، G، IV، صفحة 217) تطبق هذه الحجة على الدعوى التي يمارسها، بالموازاة، الدائن استناداً إلى المادة 1167، مما يبدو أنه تشويه للحكم الذي لم يكن في وارد أن يطبق على هذا النص الأخير قاعدة محددة بالطبع بالمادة 1166 ومرتبطة بواقع أن الدائن لا يمارس حقاً خاصاً وإنما حق مدينه.

(3) انظر الرقم 553 اللاحق.

(4) حسب محكمة النقض «يجب أن توجه عبء الغير مكتسب الملكية» وألا فإن الدفع بالإجراء بأن الغير لم يكن فريقاً في الاستئناف بشكل دفعاً بعدم سماح الدعوى يمكن اللجوء إليه في أي حال: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 تشرين الثاني 1990، النشرة المدنية، I، رقم 229، صفحة 165، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة، G، II، 21905، تعليق G.BOLARD. انظر بالمعنى عينه النقض التجاري، 4 سبوتان 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 207، صفحة 199.

العينية أو المختلطة الذي أخذ به بعض محاكم الاستئناف، لصالح الدعوى الشخصية⁽¹⁾. وهذه الدعوى لا تضمن بالفعل حقاً عينياً؛ فهي ليست سوى امتياز مرتبط بصفة الدائن ومبني على حق شخصي⁽²⁾. وينتج عن ذلك أن الغير مكتسب ملكية مال مهروب غشياً ليس بإمكانه مواجهة الدعوى البوليانية بالتقادم (مرور الزمن) المكتسب لعشر سنوات أو عشرين سنة بالتسك بصفته المحتملة كحائز حسن نية. والأمر لا يتعلق بالفعل بنزاع على الملكية وإنما بممارسة دعوى شخصية⁽³⁾.

459 - الدعوى البوليانية والإجراءات الجماعية.

تحدد المادة 107 وما يليها من قانون 25 كانون الثاني 1985 الأعمال الباطلة أو التي يمكن إبطالها من قبل المحكمة إذا «أقدم المدين عليها منذ تاريخ التوقف عن الدفع». وعندما يكون الإعلان إلزامياً تكون البرهنة أيّاً كانت على الضرر أو الغش لا طائل تحتها. وعندما يكون اختيارياً ينبغي أن يكون تعامل الغير مع المدين مع المعرفة بالتوقف عن الدفع (المادة 108).

والغاء جماعية الدائنين يستدعي بالضرورة إلغاء العقوبة التقليدية⁽⁴⁾ المستخرجة من

(1) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 آذار 1964، مصنف الاجتهادات الدوري، 1965، II، 8618، تعليق G. PLATTET، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 354، ملاحظة P. HÉBRAUD - النفس المدني، 30 تموز 1984، 85 Sirey، 1، صفحة 177 Dalloz، 85، 1، صفحة 62. قارن بحكم محكمة عدل المجموعات الأوروبية 10 كانون الثاني 1990، جريدة القانون الدولي، 1990، صفحة 503، تعليق J.-M. BISCHOFF، مجلة القانون الدولي الخاص النافذة، 1991، صفحة 151، تعليق BANCEL، الذي، بعد أن بين أن «الدعوى البوليانية» أساسها الحق في الدين، وحق شخصي للدائن تجاه مدينه، وأن موضوعه حماية حق الرهن الذي يمكن أن يملكه الدائن على ذمة المدين المالية، يأخذ بأنها لا تدخل في حقل تطبيق المادة 16، الفقرة 1، من اتفاقية بروكسل في 27 أيلول 1968 التي تمهد إلى محاكم الدولة المتنازلة الكائن القمار فيها بصلاحيات حاصرة في مادة الحقوق العينية المقاربة.

(2) انظر بهذا المعنى F. TERRÉ، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، Les obligations، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 1051، صفحة 805 ووصفة 806. H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، Obligations. - المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف Fr. CHABAS، 1991، 1081، 1001. G. MARTY، P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، Les obligations. - الجزء II، النظام، الطبعة الثانية، 1989، صفحة 170 ووصفة 171، رقم 188. M. PLANIOL et G. RIPERT، Traité pratique، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، 1954، صفحة 301، رقم 968.

(3) G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 534، رقم 1424. M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثالثة، تأليف J. RADOUANT، صفحة 297، رقم 966.

(4) M. JEANTIN، Droit commercial، الطبعة الثالثة، 1992، رقم 810، صفحة 435. P. DERRIDA، Redressement et liquidation judiciaires des entreprises، تأليف P. GODÉ، J.-P. SORTAIS، الطبعة الثالثة، 1991، رقم 232، صفحة 1424.

اللائحية⁽¹⁾. والدعوى الجديدة للبطلان لقانون الإجراءات الجماعية، مع أنها تركز بالطريقة عينها على نكرة الغش، لم يعد من الممكن وصفها «بالدعوى البولائية المعززة»⁽²⁾.

ونظامها أفس من نظام الدعوى البولائية⁽³⁾، ليس لأن البطلان لا يحد مفاعله بالدائن الملاحق ويطبق على الجميع وحسب⁽⁴⁾، وإنما يضاف إلى ذلك أنه يطبق حتى على المدفوعات المستعدة، تقليدياً، من حفل تطبيق الدعوى البولائية. كما أن منفعة الدعوى تفيد المدين الذي يكون نشاطه هكذا محبذاً. أن لها، عندما يمارسها المدير أو ممثل الدائنين أو المصفي أو مفوض تنفيذ البرنامج، مفعول إعادة تكوين موجودات المدين (أصوله).

هل يعني ذلك أن الدائن بإمكانه ممارسة الدعوى البولائية عندما تجتمع شروط ممارستها في شخصه؟

أجاب الاجتهاد، في ظل قانون 13 تموز 1967، بتأكيد ذلك بقبول الممارسة الفردية للدعوى البولائية التي يجب أن تكون نتيجة إعادة مجموعة الدائنين⁽⁵⁾.

وذكرت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 22 تموز 1986⁽⁶⁾، بأن الدعوى البولائية يمكن أن تمارس لمصلحة جماعة الدائنين من قبل الوكيل وحسب، وإنما أيضاً من قبل دائن «تعود هذه الدعوى إليه فردياً قبل حل الصلح».

كما ذكرت الغرفة ذاتها، في 13 شباط 1990⁽⁷⁾، بالمبدأ الذي بمقتضاه «يفقد فسخ العمل الغشّي، ما دام أنه يُحكم به بعد فتح إجراء التسوية القضائية أو تصفية الأموال ضد مرتكب الغش، طابعه النسبي عادة ويتج مفعوله تجاه الدائنين جميعاً ولصالحهم، بمن فهم من نشأ حقهم بعد ارتكاب الغش والذين، لولا حدوث الإجراء الجماعي، ما كانوا يتمسكون بأحكام المادة 1167 من القانون المدني ولا كانوا يستفيدون من تطبيقها». واستنتجت في حكم نقض، في 26 كانون الثاني 1988⁽⁸⁾، من هذا المبدأ نفسه «أن أحكام الانتظام المام

(1) المادة 29 وما يليها من قانون 13 تموز 1967.

(2) G.RIPERT et R.ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, الجزء II، الطبعة الثالثة عشرة، تأليف R.ROBLLOT، 1992، رقم 3109، صفحة 1068.

(3) انظر حول ممارسة الدعوى البولائية من قبل وكيل التغطية القديم، J.GHESTIN، *La prophétie réalisée*، à propos de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 janvier 1976، déclarant recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation des préjudices de la masse، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، الطبعة I، G، رقم 2776، رقم 17 وما يليه.

(4) J.DEVÈZE et C.SAINT-ALARY-HOUIN، مصنف الاجتهادات المدني، البند 1167، الكراسة 39 (1988)، رقم 15. F.DERRIDA، P.GODÉ et J.-P. SORTAIS - المرجع عينه، الطبعة الثالثة، رقم 351، صفحة 236 وما يليها.

(5) انظر: M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII. الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 304، رقم 870.

(6) النشرة المدنية، IV، رقم 172، صفحة 147.

(7) النشرة المدنية، IV، رقم 44، صفحة 29.

(8) النشرة المدنية، IV، رقم 54، صفحة 38.

المتعلقة بتنظيم الإجراء الجماعي وممارسته التي عدلت شروط ممارسة الدعوى البولائية ومفاعيلها، يجب أن تطبق.

ويمكن التفكير، رغمًا عن أحكام المادة 46 من قانون 25 كانون الثاني 1985 التي تخص ممثل الدائنين وحده بأهلية المقاضاة باسمهم ولمصلحتهم، في أن الدائن الذي يتصرف بمفرده بإمكانه الاستمرار في ممارسة الدعوى البولائية⁽¹⁾. فصيابة المادة 46 في أول الأمر قريبة من صياغة المادة 13 من قانون 13 تموز 1967 التي، مع أنها احتفظت لوكيل التفليسة باحتكار الدعوى، لم تمنع الاجتهاد من السماح بدعوى الدائن⁽²⁾. يضاف إلى ذلك أن الاعتداء على احتكار ممثل الدائنين ليس مبطلاً عندما يكون هذا الممثل، فضلاً عن ذلك، مقصراً إلى حد كبير⁽³⁾. والدعوى البولائية أخيراً تقام أيضاً ضد الغير المتواطء؛ والحال أن الدعاوى ضد الغير لا تعلق بفتح الإجراء⁽⁴⁾.

وبهذا المعنى حكمت محكمة استئناف باريس، في 4 شباط 1994⁽⁵⁾. غير أنها قبلت أن يكون بإمكان الدائن ممارسة الدعوى البولائية باسمه الشخصي بالنسبة إلى المادة 47 من قانون 25 كانون الثاني 1985 وحدها.

وسألة تخصيص النتيجة بالدعوى، بالمقابل، غير أكيدة إلى حد كبير. فالغاء جماعة الدائنين والتخفيف الواضح للطابع الجماعي للإجراء لم يعد يتيح الاحتفاظ بالفائدة لمجموعة الدائنين. كما أن الفقه الأكثرى يأخذ بأن نتيجة الدعوى ينبغي أن تغيب الدائن الملاحق وحده⁽⁶⁾.

على أنه من المسموح به التساؤل حول صحة حل كهذا. فإذا كان الطابع الشاذ للممارسة الفردية للدعوى البولائية بالنسبة إلى المادة 46، الفقرة 1، مقبولاً، فلا شيء يترفع أن تشذ نتيجتها أيضاً عن المادة 46، الفقرة 2: فهذه النتيجة كانت تفيد، قبل عام 1985، جماعة الدائنين، ويجب أن تدخل اليوم في ذمة المدين المالية. لا شك في أن الحل يمكن أن يبدو تناقضياً عندما تعاقب الدعوى البولائية غش المدين، وهو موضع انتقاد لأن إرجاع المال إلى ذمة المدين المالية يناقض الطبيعة القانونية للدعوى بمساثلتها بدعوى بطلان

(1) انظر بهذا المعنى محكمة استئناف فرساي، 28 كانون الثاني 1993، Dalloz - Sirey، 1993، صفحة 95 من التفسير. بالإشارة إلى G.RIPERT et R.ROBLLOT، المرجع فيه.

(2) انظر: M.JEANTIN، المرجع فيه، الطبعة الثالثة، رقم 810، صفحة 435، التعليق 7.

(3) J.DEVÈZE et C.SAINT-ALARY-HOUIN، المرجع فيه، رقم 93.

(4) J.DEVÈZE et C.SAINT-ALARY-HOUIN، المرجع فيه، رقم 17.

(5) Dalloz - Sirey، 1994، صفحة 20، من التفسير.

(6) F.DERRIDA، P.GODÉ et J.-P. - المراجع حينه. J.DEVÈZE et C.SAINT-ALARY-HOUIN، SORTAIS، المرجع فيه، رقم 166، صفحة 152. أهتف إلى ذلك G.MARTY، P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع فيه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 166، صفحة 152. انظر بالمعنى عينه، محكمة استئناف باريس، 4 شباط 1994، المذكورة آنفاً، التي بيّنت أن ممارسة الدعوى البولائية تنزع إلى جعل العمل الذي تم أفش الدائن غير محتج به لجماعه.

عادية⁽¹⁾. بيد أن المؤسسة، أخذاً في الحسبان أن استمرارها يتفوق في النص القانوني الجديد، يجب أن تكون مفضلة، ولو كان ذلك بتشويه القانون العام للدعوى البوليتانية⁽²⁾. ألم تكن كذلك قبل عام 1985 بالسماح بأن يكون مقولها جماعياً⁽³⁾؟

ولا يستعيد النص الجديد المادة 78 من قانون 13 كانون 1967 التي كانت تقضي بأن «الأعمال التي يقوم بها المدين بين التصدين على الصلح وحله أو إبطاله لا يمكن أن تكون باطلة إلا في حالة الغش بالنسبة إل حقوق الدائنين ووفقاً لأحكام المادة 1167 من القانون المدني». وللأعمال التي يعقدها المدين تنفيذاً للبرنامج، ما عدا العودة إلى الحقوق التي اكتسبها الغير نظامياً، يجب الأخذ بها. ويفسر إلغاء النص بواقع أن التحفظ العائد للغش وحده لم يعد ثمة ما يدعو إلى أن يكون قائماً عندما يكون أساس هذه الأعمال حكم يوقف البرنامج، وهذه المخاطرة استبعدت⁽⁴⁾.

460 - الطبيعة القانونية للدعوى البوليتانية.

لتحديد الطبيعة القانونية للدعوى، في حال غياب تنظيم في النصوص، أهمية عملية خاصة. ينبغي أن نتبع بالفعل لتحديد نظامها القانوني بالإسناد إلى نمط معروف.

والدعوى البوليتانية تظهر، بداية، كدعوى بطلان. هكذا وصفت في المادتين 622 و 788، الفقرة 2، من القانون المدني.

إنها تعطي الدائنين، بالفعل، حق الطعن بالعمل الغشي لنزع فعاليته رجعياً. على أن تدمير هذا العمل محدود بما هو ضروري لحماية الدائنين، وهو لا يبطال علاقات المدين بالغير مكتسب الملكية⁽⁶⁾. ومن الأصح التمسك بمجرد لاحجية تجاه الدائن الذي مارس الدعوى⁽⁶⁾.

(1) F.DERRIDA, P.GODÉ et J.-P. SORTAIS, المرجع عنه.

(2) انظر بهذا المعنى A.HONORAT، تعليق على حكم الشقة التجارية في محكمة النقض، في 26 كانون الثاني 1988، Dalloz، 1988، صفحة 337 من الموجز. - محكمة استئناف فرساي، 28 كانون الثاني 1993، المذكورة سابقاً التي بينت أن إبطال العمل، عندما يتم بعد إجراء جماعي، يفقد طابعه النسبي ويكون من جديد موجودات المدين (أهوله).

(3) انظر J.PERCEROU، تعليق على حكم غرفة المرافقة في 29 تموز 1988، Dalloz، الدوري 1990، 1، صفحة 409.

(4) انظر: J.-L. VALLENS، La résolution du plan de redressement، 1987، الطبعة 2، II، 14979، رقم 12.

(5) انظر H.SINAY، Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1948، صفحة 183.

(6) انظر بهذا المعنى F.TERRÉ، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، صفحة 805، رقم 1060. - H.-L. et J.MAZEUD et F.CHABAS، المرجع عنه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 1802، رقم 1002. - Ph.MALAURIE et L.AYNÈS، Les obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 1038، صفحة 589. - G.RIPERT et J.BOULANGER،

بيد أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض أعلنت أن الدعم الذي يأخذ على قضاة الاستئناف أنهم أعلنوا لصالح دائتي الواهب أن الريبة باطلة بسبب الغش البوليفي ولم يعلنوا أنها غير محتج بها تجاه هؤلاء الدائنين، هو غير مقبول⁽¹⁾. إلا أن الغرفة نفسها طرحت بوضوح من حيث المبدأ، في حكم نقض بتاريخ 3 كانون الأول 1985⁽²⁾، أن الدعوى البوليفية لا يمكن أن تسوّغ إلا للأحجية تجاه دائن العمل الغشي ولا تسوّغ بطلانه. ونتج عن ذلك أن تقادم (مرور الزمن) الخمس سنوات المطبق على البطلان النسبي يجب استبعاده. فالدعوى البوليفية ليست خاضعة إلا لتقادم القانون العام ثلاثين سنة⁽³⁾.

ولكن الأحجية لا تتعلق إلا بمفاعيل الدعوى البوليفية وليس بشروط ممارستها التي تفرض الإصرار بالدائن وغش المدين والغير مكتب الملكية حتى مكتب الملكية من الباطن الاحتمالي. وهذه الشروط، والغش يشكل بالضرورة خطأ المدين، هي شروط المسؤولية المدنية التي تربط هكذا الدعوى بمصدرها الجزائي. والبطلان، أو الأحجية، يفرض بقوة القانون على مكتب الملكية من الباطن، ولو كان حسن النية، طالما أنه ليس بإمكان أحد أن ينفل أكثر من الحقوق التي يملكها هو نفسه. والحال أن إبطال التفريغ عن مال لمكتسب الملكية من الباطن يخضع لتراطو هذا الأخير في الغش البوليفي. أن حلاً كهذا لا يمكن أن يسوّغ إلا بأساس تمويضي. هناك نزعة اليوم إلى الاعتراف به للأحجية التي هي نتيجة الدعوى البوليفية⁽⁴⁾.

على أنه من المناسب بيان أن الإبطال لا يخضع على الإطلاق للبرهنة على تراطو الغير عندما يستفيد من عمل مجاني مما يتبع الدعوى البوليفية للمسؤولية المدنية، على الأقل إذا

= المرجع عنه، الجزء II، صفحة 534، رقم 1426. تحدد المادة 788 من القانون المدني صراحة أن إبطال العدول لا يتحقق إلا لمبالغ الدائنين مقابل ديونهم وحسب.

(1) 28 شباط 1978، النشرة المدنية، I، رقم 77، صفحة 84.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 334، صفحة 300، مجلة نصر العدل، 1986، 1، صفحة 241 من الموجز.

ملاحظة A. PIELIERE - «قانون حكم الغرفة المدنية الأولى، 15 تشرين الأول 1980، مجلة عصر العدل 1981، 1، بانوراما، ص 42. - انظر الرقم 498 لاحق وما يليه والرقم 503 لاحق.

(3) انظر بهذا المعنى M. PLANIOL et G. RIPERT - المرجع عنه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، صفحة 287، رقم 966، وهما يتمسكان عن خطأ باستعانة تأكيد في حين أنها ليست أساس التقادم الخمسي. - F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE - المرجع عنه، الطبعة الخامسة، صفحة 805، رقم 1060. - G. RIPERT et J. BOULANGER - المرجع عنه، الجزء II، صفحة 534، رقم 1423. أضف إلى ذلك حكم النقض المدني 9 شباط، 1865، Dalloz الدوري 65، 1، صفحة 19؛ 65 Sirey، 1، صفحة 65.

(4) انظر: H. SINAY - المقالة المذكورة سابقاً. - M. PLANIOL et G. RIPERT - المرجع عنه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، صفحة 300، رقم 967: «دعوى بطلان لهدف تمويضي». - A. WEILL et F. TERRÉ - المرجع عنه، الطبعة السادسة، صفحة 889، رقم 877: «دعوى المسؤولية على أساس تمويضي». يبدو هذا التحليل قد جرى التخلي عنه في الطبعة التالية: F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE - المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 1059 ورقم 1060.

أخذنا - بشكل حصري تقريباً - بأنها يُستدل عليها من فكرة الخطأ⁽¹⁾.

وينبغي التنبيه إلى أنه إذا كان الغش مفهوماً مستقلاً ومتميزاً عن المسؤولية المدنية، لأن وجود الضرر وتحديد علاقة السببية بين الضرر والعمل المجرّم لهما ضروريان لتطبيق المبدأ القانوني العام الغش يفسد كل شيء⁽²⁾، فإن هذا التفریق لا يطبق في الدعوى البولائية إلا في النادر. فهذه الدعوى تفتقر، بالفعل، ضرر المدعي الذي سببه العمل المجرّم. أما اللاّحجية فيمكن تحليلها، بصورة عامة، إمّا كنتيجة للغش، وإمّا كالتعويض العيني الأكثر ملاءمة عن الضرر المسبب للذاتين.

ولا شك في أن اللاّحجية التالية للغش تستبعد الضرر وتجعل التعويض عنه على أساس المسؤولية المدنية غير مفيد⁽³⁾. ولكن الاجتهاد، بصورة عامة، لا يراعي هذا التحليل ويختار استعمال مفهوم الغش أو مفهوم المسؤولية لأسباب ملاءمة أو بالإسناد إلى حلول تقليدية⁽⁴⁾.

ونفهم في هذه الظروف أن الغش البولائي يتزع إلى الاستغراق في المسؤولية المدنية التي تأتي قواعدها، في أي حال، في الاجتهاد التقليدي، لإكمال مجالها التقليدي ونوسيعه⁽⁵⁾. وهذا ما سنراه لدى درس شروط ممارسة الدعوى البولائية ومفاعيلها على التوالي.

- (1) قارن بحكم محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 26 آذار 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة (N)، 393، تعليق E.KERCKHOVE، مجلة القانون الدولي الخاص النافذة، 1992، صفحة 714، تعليق BANCEL، الذي يأخذ بأن الدعوى البولائية لا تعود إلى «مادة تقصيرية أو شبه تقصيرية» بمعنى المادة 5 - 3 من اتفاقية بروكسل في 27 أيلول 1968، بحجة «أنها ليست موجهة ضد المدين وحسب وإنما كذلك ضد المستفيد من العمل، وهو الغير بالنسبة إلى الموجب الذي يربط الذاتين بمدينه، بما في ذلك إذا كان العمل بصفة مجانية، عندما لم يكن المدين قد ارتكب أي خطأ» (نقطة 19).
- (2) انظر المدخل العام، رقم 766، صفحة 754 وما يليها.
- (3) قارن بحكم محكمة عدل المجموعات الأوروبية في 26 آذار 1992 المذكور سابقاً الذي يبين أن الدعوى البولائية «ليست إدانة المدين بالتعويض عن الأضرار التي سببها هذا المدين لثالثه بعمل غشّي وإنما لكي تزيل بالنسبة إلى الدائن مفاعيل عمل التصرف الذي قام به مدينه» (النقطة 19).
- (4) انظر المدخل العام، رقم 766، صفحة 754 وما يليها.
- (5) انظر حرج هذه الظاهرة في H.MAZEUD, L'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité, 1935، صفحة 5 وما يليها من العرض. وانظر أيضاً حول العلاقات بين دعوى المسؤولية والدعوى البولائية، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 شباط 1978، النشرة المدنية، I، رقم 60، صفحة 56، الذي يقلل ممارسة الدعوى البولائية في حين أن المدعي سبق أن حصل على العطل والضرر للتعويض عن الأعمال الغشّية أمام القضاء الجزائي، مع تحديد أنه لن يتسكن من الاحتفاظ بالعطل والضرر المذكورين «عارج الضرر الذي يبقى بعد رد المال».

الفقرة 1 - شروط ممارسة الدعوى البوليلانية

461 - جميع الأعمال القانونية يمكن، مبدئياً، الطعن فيها بالدعوى البوليلانية⁽¹⁾.

لا يهم كثيراً، على وجه الخصوص، أن يكون القانون قد وضع نظاماً خاصاً للحماية، ولا سيما في شكل حق الاعتراض في مهلة محددة.

فقد حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 11 شباط 1986⁽²⁾، بأن الدعوى البوليلانية تبقى مفتوحة بعد انقضاء مهلة ثلاثين يوماً ناتجة عن مرسوم 23 آذار 1967 لإقامة الدعوى الخاصة التي أعطاها قانون 24 تموز 1966 للدائنين لتقديم اعتراضهم «عندما تصادق جمعية شركة مغفلة على مشروع تخفيض رأسمال غير محلل بالخسائر». «وهذا الدوام الاحتياطي للدعوى البوليلانية» جرى تقديره⁽³⁾ كهاتم بصورة خاصة وقد تضاءل فيه بعض المؤلفين عما إذا كان هذا الدوام بإمكانه إتاحة مدّ بعض الثغرات في نظام أعمال الفترة المشبوهة الناتجة عن قانون 25 كانون الثاني 1985.

وحكمت الغرفة ذاتها، في 12 كانون الثاني 1988⁽⁴⁾، «بأن دائني بائع مؤسسة تجارية، سواء اعترضوا على دفع الثمن أم لا، يحق لهم الطعن، تطبيقاً للمادة 1167 من القانون المدني، في التفرغ الذي قام به مدينهم غشاً للإضرار بحقوقهم».

462 - على أن بعض الأعمال تخضع لنظام خاص⁽⁵⁾.

هذا هو في أول الأمر حال القسمة التي تتناول إعادة النظر فيها الاعتداء المفرط على المصالح المعقدة ذات الطبيعة العائلية المعرضة للخطر. وحسب المادة 882 من القانون المدني «بامتناع دائني شريك في القسمة، لتجنب أن تكون القسمة قد حصلت عن طريق الغش بالنسبة إلى حقوقهم» (بتخصيص المدين بأموال من السهل إخفاؤها أو تقويمها بأكثر من قيمتها) «الاعتراض على قيامهم بعملهم في غيابهم: إن لهم الحق في التدخل على نفقتهم، غير أنهم لا يستطيعون الطعن في القسمة المستهلكة إلا أن يكون قد تمّ اللجوء إلى العمل بدونهم وللأضرار باعتراض يمكن أن يتقدموا به»⁽⁶⁾.

(1) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 أيار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 117، صفحة 106، الذي أخذ بتطبيق ذلك في بيع بالمزاد المدني العمومي.

(2) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 602، رقم 8، ملاحظة J.MESTRE، حكم غير منشور في النشرة الرسمية.

(3) J.MESTRE، الملاحظة المذكورة سابقاً.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 14.

(5) انظر الرقم 474 اللاحق، بالنسبة إلى النظام المطبق على الدفع والرقم 475 اللاحق في شأن النظام المتعلق بالأعمال التي تتناول الحقوق العائدة للغة المالية المرتبطة بالشخص حصراً.

(6) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 تشرين الثاني 1981، النشرة المدنية، I، رقم 302، صفحة 198. 10 نيسان 1973، النشرة المدنية، I، رقم 137، صفحة 123. - حكم غرفة =

بيد أن الاجتهاد يحدد تطبيق هذا النص على نسمة الإرث أو أموال الزوجين المشتركة⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أن الدعوى البوليانية مقبولة «للطعن في قسمة جرت ضمن شروط لا تمنح «الدائن» من الاعتراض عليها»⁽²⁾.

وقد ذُكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 22 تشرين الأول 1985⁽³⁾

- = المراض في محكمة النقض، 21 شباط 1905، Dalloz 1905، 1، صفحة 264 - 9 تموز 1886، Dalloz 66، 1، صفحة 369، Sirey 66، 1، صفحة 361.
- (1) استبعد الاجتهاد بصفة خاصة بالنسبة إلى قسمة الشركة: حكم غرفة العرائض في 20 تشرين الثاني 1854، والمجلة مينة في Dalloz 35، 1، صفحة 38، Sirey 1835، 1، صفحة 131 - 9 تموز 1866، الحكم المذكور سابقاً. - حكم النقض المدني في 17 تشرين الثاني 1890، Dalloz 91، 1، صفحة 25، Dalloz 94، 1، صفحة 399. انظر مع ذلك حكم النقض المدني، 18 تموز 1899، Dalloz 1900، 1، صفحة 17، تعليق P. LOYNES، 1900 Sirey، 1، صفحة 27، إعلان أن إسكافية الاعتراض ضمن الشروط المجمعة في المادة 882 تطبق على الشركات، وإنما بدون الحكم في شأن استبعاد الدعوى البوليانية تلازماً، وبالنسبة إلى قسمة شراء مشترك: حكم غرفة العرائض في 28 أيار 1895، المجلة واردة في D. 96، 1، صفحة 154، S. 95، 1، صفحة 385، تعليق Ch. LYON-CAEN، وبالنسبة إلى قسمة الفروع: حكم غرفة العرائض، 12 تشرين الثاني 1872، D. 72، 1، صفحة 78 - 21 تموز 1903، Dalloz 1904، 1، صفحة 485 - محكمة استئناف الجزائر، 17 آذار 1949، مصنف الاجتهاد الدوري، 1949، II، 5157، تعليق E. BECQUE، وعلى نقض ذلك حكم محكمة استئناف بوردر، 8 حزيران 1903، Dalloz 1904، 2، صفحة 22.
- (2) حكم غرفة العرائض، 25 حزيران 1935، Dalloz الأسبوعي 1935، 1، صفحة 474. انظر بهذا المعنى حكم غرفة العرائض، 22 كانون الثاني 1930، S. 1930، 1، صفحة 215. - النقض المدني في 27 كانون الأول 1928، Sirey 1927، 1، صفحة 111. - إضافة إلى ذلك M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، صفحة 280، رقم 952، F. TERRÉ، Ph. SIMLER، G. MARTY، et V. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، صفحة 809، رقم 1056، P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 160، رقم 174 - G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 527، رقم 1408.
- (3) النشرة المدنية، 1، رقم 239، صفحة 239؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، IV، صفحة 9. انظر بالمعنى عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 كانون الأول 1986، النشرة المدنية، 1، رقم 334، صفحة 330؛ المسجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، 601، صفحة 601، ملاحظة J. MESTRE، إبراز «إسراع محسوب» وضع صاحب العلاقة «في استعالة التدخل في القسمة أو الاعتراض عليها». - 16 حزيران 1981، النشرة المدنية، I، رقم 212، صفحة 174؛ المسجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، 407، رقم 25، ملاحظة R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI، وبين الحكم أن القسمة كانت مستهلكة «بسرعة لمنع اعتراض دائن المديني وتدخله». 29 أيار 1979، النشرة المدنية، I، رقم 157، صفحة 127، Defrénois 1980، البند 32267، صفحة 605، ملاحظة G. CHAMPENOIS، Dalloz 1979، Sirey 1979، 1، صفحة 496 من التقرير، ملاحظة D. MARTIN، بالنسبة إلى قسمة وجمعية من أجل «إخفاء» هبة. - محكمة استئناف فرساي، 18 نيسان 1988، Dalloz 1988، 1، صفحة 161 من التقرير، في شأن قسمة «مريضة وصورية». - محكمة استئناف نانسي، 16 شباط 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة IV، Q، صفحة 147، ومحمكة استئناف باريس، 21 آذار 1984، 1986، Dalloz-Sirey 1984، 131، تعليق G. POTIRON، في صدد نسمة صورية. - محكمة استئناف Aix-en-Provence، 14 شباط 1980، Dalloz 1981، 1، صفحة 502 من التقرير، ملاحظة M. VASSEUR، بالنسبة إلى قسمة جرت في ظروف سريعة. - أخف إلى ذلك محكمة استئناف فرساي، 11 آذار 1993، Dalloz-Sirey 1993، 1، صفحة 11.

«بأنه إذا كان بإمكان المدين، امتناء للمبدل المطروح، الطعن في القسمة المستهلكة التي توفر له مطمئناً، فإن ذلك شرط إثبات أنه تم اللجوء إليها في ظروف لم تكن تسمح له بالاعتراض عليها عقب إسراع محسوب توطأ فيه الشركاء في القسمة للقيام بها أو كذلك إذا تم القيام بقسمة صورية».

وتخضع المادة 69 من قانون 13 تموز 1930 (المادة 132 - L. 14 من قانون التأمين) التأمين على الحياة لنظام خاص. فليس بإمكان الدائن استرداد علاوات التأمين التي دفعها مدينه إلا أن تكون مبالغاً فيها بصورة جلية بالنسبة إلى إمكانياته⁽¹⁾.

أما الأحكام التي يمكن أن تخفي غشاً للإضرار بحقوق الدائنين، ولا سيما في دعاوى فصل الأموال التي تسهل نقل أموال الزوج إلى زوجته، فليس بإمكان الدائنين استعمال الدعوى البولائية تجاهها، غير أنهم يملكون طريق مراجعة خاصة: اعتراض الغير⁽²⁾. كما أن بإمكانهم أيضاً التدخل في الدعوى⁽³⁾.

463 - تتطلب ممارسة الدعوى البولائية بشكل أساسي دين المدعي وكذلك ضرر الدائن الناتج عن الغش.

I - دين للمدعي

464 - الدعوى البولائية مفتوحة أمام الدائنين كافة.

الدعوى البولائية مخصصة للدائنين. وبالمقابل بإمكان جميع الدائنين ممارستها، بمن فيهم الموصى لهم بمبالغ من المال فأصبحوا دائني الوريث بقبولهم والدائنون العاديون أصحاب الامتيازات الذين، رغمًا عن حق التبع الاحتمالي، تحتفظ لهم الدعوى البولائية بمنفعة خاصة حتى ولو تناولت الدين المرهون⁽⁴⁾.

= 303، تعليق J.REVEL، في ما يتعلق بتصديق الاثباتية النهائية في شأن الطلاق بالرضا المتبادل.
(1) G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 161، رقم 176. M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 276، رقم 947 مكرر.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، II، رقم 15، صفحة 8؛ Delloy-Sirey، 1992، صفحة 129 من المرجز، ملاحظة PJULIEN (إعادة وصف دعوى بولائية بأنها اعتراض الغير).

(3) G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 161، رقم 174. G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 258، رقم 1407. M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 273، رقم 944.

(4) انظر M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 284، رقم 953 ورقم 954 - إضافة إلى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 كانون =

وقد حكمت الغرفة المدنية الثالثة مع ذلك، في 6 تموز 1993⁽¹⁾، بأن الدائن لم يكن بإمكانه الطعن، عن طريق الدعوى البوليانية، في هبة جرت على قسم من تجمع أملاك متجاورة كانت هناك موافقة على رهنها، إلا أن يكون لهذه الهبة مفعول إنقاص ضمانه. ولم يكن الأمر على هذا النحو في القضية الراهنة، بسبب حق التمتع المرتبط بالرهن المسجل على المال. إن هذا الحكم الذي لم يكن حول هذه النقطة موضوع نشر في النشرة الرسمية بسبب عدم فائدته⁽²⁾ مما ينقص مداه المعيارية، بثّ باجتهاد قديم وإنما مستقر لا يقيد حقوق الدائن المرتهن⁽³⁾. وهو قابل للانتقاد على صعيدين. أنه يفرّق، من وجهة نظر نصية، في مادة تستهدف فيها المادة 1167، بالإسناد إلى المادة التي تسبقها، «الدائنين»، بدون التفريق بين الدائنين المرتهنين والدائنين الآخرين. أنه يُجري، بالنسبة إلى الأساس، نوعاً من الخلط بين حق التمتع والدعوى البوليانية، في حين إن الإوالتين لا تستجيبان للشروط عينها ولا تؤديان إلى نتائج متماثلة⁽⁴⁾. وباعتبار أخرى أن مطرح الحق وحده الذي يملكه الدائن المرتهن مشترك بينهم، مما لا يعني بالضرورة أن الضمان الذي يستفيد منه له المدى عينه في الحالتين. لا يمكن بالتالي الاستخلاص بصورة عامة أن حق التمتع الذي لا ينقص ضمان الدائن المرتهن يمنع عليه ممارسة الدعوى البوليانية، والأمر يتعلق بالتأكيد بمسألة حالة⁽⁵⁾.

ولا يستطيع ممثل الدائنين، في حالة التقويم القضائي، ممارسة الدعوى البوليانية إذا لم يثبت أن ثمة دائنين آخرين غير الذين انضم إليهم وكانت دعواهم قد سقطت عقب تحلّيهم الإرادي عن حقوقهم. إن الحل مسوّغ بأن هذا الممثل لا يستطيع، لأنه لم يعد يملك حقوق الدائنين ذاتها، أن يطمح إلى إقامة هذه الدعوى مكانهم⁽⁶⁾.

= الثاني 1993 (النشرة المدنية، I، رقم 8، صفحة 4) الذي أخذ بأن الدعوى البوليانية مفتوحة أمام الشخص الحال في حقوق الدائن المرتهن الذي كان يحوّزها.

(1) مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة G، IV، 2385، المصرف المتحد عبر البحار.

(2) النشرة المدنية، II، رقم 264، صفحة 145 (الدعم الثاني).

(3) حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 2 آب 1836، S. 36، 1، 657، منح الدائن المرتهن دعوى بوليانية، في حين أن الطعن يدعي أن هذا الدائن لم يسقط حق في التمتع وفي إمكانية تلبية المزداد. أضيف إلى ذلك حكم النقض المدني في 27 تموز 1804، مجلة قصر العدل، 1904، 2، صفحة 292 (أعمال المصلين المرتهن استعمل الإمكانية التي تعود إليه في تلبية المزداد قليل الأهمية). - حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 18 شباط 1878، Dalloz، 78، 1، صفحة 291، Sirey، 78، 1، صفحة 165 (إن اتخاذ صفة من رسا عليه الالتزام لا يستعدي عدول الدائن المرتهن عن ممارسة الدعوى البوليانية). - 18 كانون الثاني 1941، Dalloz، 41، 1، صفحة 180 (إبلاغ القعد وانقضاء مهلة المزايدة لا يمنعان دعوى الدائن المرتهن). - 14 شباط 1826، الاجتهاد العام (1858)، v، الحرمان والرهن، رقم 2114 (ممارسة إمكانية تلبية المزداد عندما يعلن بطلانها لا تمنع الدائن المرتهن من المقاضاة المرجوع - استناداً إلى المادة 1167).

(4) G. GROUBER De l'action paulienne en droit civil français contemporain، أطروحة في باريس، 1913، رقم 208 وما يليه.

(5) تارن بـ DEMOLOMBE، Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général، 228، صفحة 230.

(6) الجزء II، 1869، رقم 228، صفحة 230. انظر حكم النقض التجاري، 30 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 438، صفحة 318 =

465 - يجب، تقليدياً، أن يكون الدين، من حيث المبدأ، أكيداً ومعيّن المقدار ومستحقاً في آونة ممارسة الدعوى البولائية.

يمكن إذا الاستنتاج من ذلك أن الدين، إذا كان خاضعاً لشرط فاسخ، *pendente conditione*، يجب اعتباره بدون قيد أو شرط. وبالمقابل، إذا كان خاضعاً لشرط معلق (أو موقف) فإنه لا يتيح ممارسة الدعوى البولائية⁽¹⁾، بيد أن هذا الحل الأخير يبدو قاسياً في فترة لم يعد الاجتهاد يفرض فيها أن يكون الدين أكيداً في مبدئه⁽²⁾. كما أن ديناً مقروناً بأجل لا يمكن في الأصل أن يجيز دعوى الإبطال عندما لا تشكل هذه الدعوى مجرد تدير احتياطي وإنما دعوى تمهيدية للحجز⁽³⁾. بيد أن التطور الاجتهادي ذاته لا يطرح هذا الحل مجدداً للبحث، ذلك بأن الدين لأجل هو أكيد في مبدئه حتى ولو لم يكن مستحقاً بعد⁽⁴⁾. وليس من الضروري أن يملك الدائن منذاً نافذاً طالما أن دعوى الإبطال لم تشكل بعد تدبيراً تنفيذياً حقيقياً⁽⁵⁾.

466 - الأتدية الضرورية لحقوق الدائنين.

لا يمكن أن تمارس دعوى الرجوع بفعالية إلا أن تكون حقوق الدائن سابقة للمعمل المطعون فيه⁽⁶⁾.

• F.DERRIDA et J.-P. SORTAIS، تعليق 175، صفحة 1994 Dalloz-Sirrey.

(1) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 كانون الأول 1957، 1958 Dalloz، 1، صفحة 224. أضيف إلى ذلك M. PLANTOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، صفحة 285، رقم 955. H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عنه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHARBAS، صفحة 1080، رقم 896. - G. MARTY، P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، الجزء II، الطبعة الثانية، المرجع عنه، رقم 169، صفحة 153. وعلى نقض ذلك، محكمة استئناف باريس، 19 كانون الأول 1866، 1866 Dalloz، 68، 2، صفحة 156.

(2) انظر الرقم 467 اللاحق وكذلك F. TERRÉ، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 1073، صفحة 813، التعليق 1.

(3) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 1031، صفحة 584.

(4) انظر الرقم 468 اللاحق.

(5) انظر بهذا المعنى F. TERRÉ، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 1074، صفحة 813. H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 1081، رقم 998.

(6) انظر بهذا المعنى بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 26، صفحة 18. - حكم الغرفة المدنية الثالثة، 4 شباط 1971، النشرة المدنية، III، رقم 76، صفحة 35؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، II، 18980، تعليق M. DAGOT et P. SPITERI، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 تشرين الثاني 1966، النشرة المدنية، III، رقم 484، صفحة 370؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1969، صفحة 562، رقم 9، ملاحظة • Y. LOUSSOUARN. - النقص الخجاري، 14 أيار 1952، 1953 D، صفحة 626، تعليق •

وهكذا نقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 2 أيار 1989⁽¹⁾، لانتهاك المادة 1167 من القانون المدني، حكماً طعن هذا النص على هيأت دخلت لاحقاً في هبة بقسمة التركة، في حين أن الحكم المطعون فيه كان يجب أن يوضح «بتاريخ تجريد الزوجين من شقتهما لتحديد ما إذا ثمة كان غش أم لا».

ويقع إثبات هذه الأقدمية على المدعي الذي عليه إذا إثبات تاريخ دية⁽²⁾. وقد جرى التساؤل عما إذا كان هذا الدين ينبغي أن يكون له تاريخ أكيد. فالاجتهاد السائد يستبعد تطبيق المادة 1328 من القانون المدني⁽³⁾. وبالفعل يعتبر أن التاريخ الأكيد ليس هدفه سوى تشكيل عقبة أمام غش المدعي تجاه الغير وسيستبعد هذا الغش بإثبات الطابع الغشي للعمل المطعون فيه. غير أن الاستدلال نادراً ما يكون مقنعاً، فالغبر مكتب الملكية الذي توجه الدهوي ضده هو، حسب التعريف، غير. ويقتضي إذاً أن يكون محمياً ضد تواطؤ ممكن بين الدائن والمدين الراغب في الحصول على إبطال العمل المطعون فيه. يبدو بالتالي أن التاريخ الأكيد للدائن يجب أن يثبت الدائن⁽⁴⁾.

على أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض طرحت، في 11 تشرين الأول 1978⁽⁵⁾، من حيث المبدأ أن الغش يمكن إثباته بالوسائل جميعاً، والأمر كذلك في شأن أقدمية الدين بالنسبة إلى العمل المطعون فيه، كشرط لممارسة الدهوي البوليانية. فليس من الضروري إذاً أن يكون للدائن تاريخ أكيد.

ويكفي أن تكون حجة العمل المطعون فيه تعجا الدائن لاحقة لولادة حقه لكي يتمكن من ممارسة الدهوي البوليانية⁽⁶⁾.

- = J. RADOUANT، حكم غرفة المرافض، 6 آذار 1946، 1946، D.، صفحة 40. - النقض المدني، 20 حزيران 1949، 50 D.P.، 1، صفحة 83.
- (1) النشرة المدنية، I، رقم 172، صفحة 115.
- (2) انظر بهذا المعنى حكم محكمة استئناف بورجو، 26 آذار 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة، IV، G.، صفحة 36.
- (3) حكم غرفة العرائض، 25 تموز 1984، S. 64، 1، صفحة 452. - 14 كانون الأول 1989، 30 Sirey، 1، صفحة 25. - 30 كانون الثاني 1988، 28 Sirey، 1، صفحة 279.
- (4) انظر بهذا المعنى M. PLANIOL et G. RIPERT، المراجع عينة، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، رقم 957، صفحة 288. H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المراجع عينة، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 990، صفحة 1076. - محكمة استئناف باريس، 16 آذار 1993، Dalloz، 93، 2، صفحة 280.
- (5) النشرة المدنية، I، رقم 299، صفحة 231.
- (6) انظر النقض المدني، 28 تشرين الأول 1942، القانون الإداري، 1943، صفحة 18، مصنف الاجتهادات الدوري، II، 2131، تعليل E. BECQUÉ، الحكم بأن دعوى الإبطال كانت مقبولة عندما يكون حق المدعي، «حتى اللائق» لعقد الهبة المدعى أنه غشي، قد نشأ قبل الحدث الذي سبب وحده الضرر، أي قبل التسجيل الضروري للهبة، استناداً إلى المادة 941 من القانون المدني، لكي يعتبر الممارس الموهوب، بالنسبة إلى ذاتي الواهب، أنه خرج من ذمة المدين السالفة.

وغالباً ما تسوّغ الأقدمية الضرورية للدين نجاه العمل المطعون فيه بتطلب الضرر. ويلاحظ أن الدائنين اللاحقين ما كانوا ليعتمدوا على قيمة سبق أن خرجت من ذمة المدين العالية⁽¹⁾. غير أن ضرر الدائن مسلّمة موضوعية لا تتوقف على توفعات هذا الدائن، أنه ينتج عن عسر المدين في آونه ممارسة الدائن ملاحقته.

يبدو إذاً من الأصح اعتبار أن العقد السابق لولادة الدين لا يمكن، بداهة، أن يكون قد تحقق بانتهاك حقوق الدائنين⁽²⁾. وينجم عن ذلك أن عدم وجود أقدمية الدين لا يمكن الاحتجاج به في وجه دعوى الإبطال إلا شريطة أن يستتبع ذلك غياب غش المدين فعلياً.

467 - يكفي أن يكون الدين موجوداً في مبدله أو أن يكون الغش قد جرى تنظيمه من أجل الإضرار بمدين مستقبلي.

يستتبع من تسريع مبدل أقدمية الدين استثناء عام كوّسه الاجتهاد الذي أخذ بأن الرجوع يمكن بالفعل أن يطال الأعمال المحققة بهدف إقامة عبء أمام تحصيل الديون المرسومة بما فيه الكفاية بدون أن تكون أكيدة قطعاً، وبالأحرى معينة المقدار ومستحقة.

وبالفعل، في عرف محكمة النقض، «إذا كان الدائنون الذين لديهم سندات لاحقة للأعمال المطعون فيها بأنها غشية وهم، من حيث المبدل، غير مؤهلين لطلب إبطالها، فإن هذه القاعدة لا يمكن أن تطبق على الحالة التي تكون فيها الأفعال التي ولدت الحق في الدين سابقة للعمل المطعون فيه ويكون الغش فيها منتظماً بالضبط لحرمان الدائن اللاحق»⁽³⁾.

وهذا المبدأ هو الذي اعتجده الغرفة التجارية في محكمة النقض في 19 تموز

(1) انظر Ph.MALAUZIE et L.AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة رقم 1032، صفحة 584. - H.ROLAND et L.BOYER B.STARCK، Obligations، الجزء III، النظام العام، الطبعة الرابعة، 1992، رقم 806، صفحة 343. H.L. et J.MAZEUD et P.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1075، 1، رقم 890 G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 532، رقم 1418.

(2) انظر بهذا المعنى F.TERRÉ، Ph.SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1072، صفحة 812. G.MARTY، P.RAYNAUD et Ph.JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 170، صفحة 154. M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUAN، صفحة 286، رقم 956.

(3) حكم غرفة المرافض في 15 تشرين الثاني 1939، مصنف الاجتهادات الدوري، 1939، II، 1252، تعليق R.D. تأكيد الاعتراف بدين كان أحد الأشخاص قد أعطاه لشقيقته ثم، دين فيما بعد بالتصويص عن حادث حصل قبل العمل المنازع فيه. انظر بالمعنى عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 7 كانون الثاني 1982، النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 4 - 4 أيار 1982، النشرة المدنية، I، رقم 156، صفحة 139. - 20 كانون الأول 1976، النشرة المدنية، I، رقم 412، صفحة 321 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 شباط 1967، النشرة المدنية، I، رقم 66، صفحة 49. - حكم غرفة المرافض، 25 حزيران 1935، Dalloz الأسبوعي 1935، صفحة 474. - النقض المدني، 2 شباط 1852، Dalloz الدوري 52، 1، صفحة 49.

1991⁽¹⁾. كان مقدموا الطعن قد أخذوا على قضاة الأساس أنهم قبلوا المدعى البوليانية التي تقدم بها المدير العام للضرائب ضد أحد المكلفين الذي أجرى هبة الكثير من أمواله لبعض أعضائه أسرته ورأوا أنه «إذا لم يكن من الضروري لممارسة المدعى أن يكون الدين أكيداً ومستحقاً، فيجب أن يكون مبدأ الدين موجوداً بشكل يقيني قبل القيام بالعمل المشوب بالغش، وأن الدين الاحتمالي فقط لا يمكن أن يتيح الفرصة لإقامة المدعى البوليانية». وقد ردت محكمة النقض هذا الطعن بعد أن بينت أن «الحكم أخذ بأن الإدارة الضريبية نهت السيد Betelmanns في 31 تشرين الأول 1978 إلى إيداع شكوى هذه، في يوم الإيداع، لجهة الغش الضريبي، وأن إبرام الأعمال المتنازع فيها في 25 كانون الثاني 1979 بعد بضعة أشهر من إيداع الشكوى وتحريك المدعى البوليانية لا يفسر سوى بإرادة السيد Betelmanns الذي كان على علم بالمجازفة الحقيقية التي يتحملها تجاه مسؤوليته المالية مع الشركة، وبمراعاة أهمية مبالغ الأشياء موضوع الغش بتهريب قسم من أمواله عن ملاحقات الإدارة المستقبلية الإضرار بحقوقها بإنقاص إمكانياتها في تحصيل دينه عن طريق حجز أمواله، مما ينتج عنه أن السيد Betelmanns نظم عمره للإضرار بدائنه مستقبلي، وأن محكمة الاستئناف، في حالة التحقيقات هذه، سوّغت حكمها قانوناً».

ويكفي، حسب صيغة ثانية لمحكمة النقض، أن يكون مبدأ الدين موجوداً قبل العمل الغشّي، وليس من الضروري أن يكون قد كرّس سابقاً بحكم جعله أكيداً ومعين المقدار ومستحقاً⁽²⁾.

(1) النقض التجاري، 19 تموز 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 267، صفحة 185.

(2) انظر بهذا المعنى، حكم غرفة المرافض في محكمة النقض، 12 تشرين الثاني 1872، Dalloz، 74، 1، صفحة 78، بالنسبة إلى دين ناتج عن حساب جارٍ مضاف بحكم لاحق للجهة المطعون فيها وإنما يُرجع وجود الدين إلى تاريخ سابق. - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 حزيران 1861، النشرة المدنية، I، رقم 312، صفحة 246 مجلة تصرة العدل، 1861، 2، صفحة 305، الذي يبين وجود مبدأ أكيد للدين ناجم عن أخطاء في الإدارة قادت، لاحقاً للعقد المعلقون فيه، إلى إدانة المدين. - النقض التجاري في 26 حزيران 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 204، صفحة 185، ربط الحل صراحة بفش المدين: «أن كون الدين (...) لم يكرس قضائياً إلا بعد إجراء الهيئة بقسمة التركة قليل الأهمية ما دام أن السيد Salvaire إلى آتية إبرام هذا العقد لم يكن يجهل أن الدفع الذي تله كان مشبوهاً، وأن الحساب سوف يُسال عنه (...)، وهكذا كان يعرف تماماً حرجاً دائنيه (...)». - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 حزيران 1972، النشرة المدنية، III، رقم 420، صفحة 305، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1973، صفحة 721، رقم 5، ملاحظة H. Lousouam، الذي يبين أيضاً أن الكفيل «أراد الإضرار بمصالح دائني المستفيدين»، مع أنه لم يكن من الممكن أن يجهل الصعوبات المالية للمدين الأصلي، وأراد دفع معرفة سابقة لديه أن يكون مجموع موجوداته (أصوله) المقاربة تقريباً يعنى من ملاحقات دائنه. - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 نيسان 1973، النشرة المدنية، III، رقم 258، صفحة 187، الذي يبين كذلك أن الكفيل كان يعرف حالة إفلاس المدينين الأصليين واللجوء إلى كان في الآونة التي وافق فيها على إيجار العكر الحكومي «المشترّ لتتصايباً» الذي قائم العسر، واستنتج من ذلك أن كون دين المدينين الأصليين لم يكرس بحكم قضائي إلا بعد الإيجار قليل الأهمية. - حكم محكمة الاستئناف في سراي، 29 نيسان 1980، Dalloz، 1981، صفحة 14 من التقرير، ملاحظة M. VASSEUR، بالنسبة إلى هبة رقية ملك عقار وافق عليها الكفيل في حين أن حساب الشركة المكفولة سبق أن كان مدينياً.

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 26 أيار 1983⁽¹⁾، «أن محكمة الاستئناف (...) التي بينت أن السيد Guenzi الذي كان على علم بوضعه الصعب عندما وافق على الهبتين أفقر نفسه إرادياً، واستنتجت أن هذا الإفكار كان هدفه غش دائنيه المستقبليين الذين كان يوجد لصالحهم، في آونة الأعمال المتنازع فيها، مبدأ أكيد للذين كان المدين على علم به» وأضافت أن «محكمة الاستئناف، بأسباب الدعم هذه وحدها، سوّغت حلّها قانوناً».

وحكمت هذه الغرفة نفسها، في 25 آذار 1991⁽²⁾، «بأنه من غير الضروري، لإمكانية إقامة الدعوى، أن يكون الدين الذي يطالب به المدعي أكيداً أو مستحقاً في آونة العمل المشوب بالغش، وبأنه يكفي أن يكون مبدأ الدين موجوداً قبل إبرام هذا العمل من قبل المدين». ودكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 13 نيسان 1988⁽³⁾، أيضاً «بأنه يكفي، لإقامة الدعوى البولائية، أن يتّوخ الدائن ديناً أكيداً في يده في آونة العمل المشوب بالغش ولو لم يكن معين المقدار بعد».

وطبقت كذلك المبدأ نفسه في حكم 13 كانون الثاني 1993⁽⁴⁾، إذ نقضت، لانتهاك المادة 1167، حكماً رفض ممارسة الدائن الدعوى البولائية ضد الكفيل، بحجة أنه، في آونة بيع عقار من قبل الكفيل، لم يكن لديه مبدأ أكيد للدين، ذلك بأن الكفيل لم تتم إدانته إلا بعد هذا الدين، بعد أن بينت «بأنها حكمت على هذا النحو في حين أن موجب السيد Baert (الكفيل) نشأ منذ يوم تعهده ككفيل، وكانت شركة SFF (الدائن) تملك المبدأ الأكيد للدين قبل البيع».

وكانت الغرفة ذاتها قد حكمت سابقاً، في 29 أيار 1985⁽⁵⁾، «بأن شرط الأقدمية المفروض لتطبيق المادة 1167 من القانون المدني يتعلق فقط بوجود الدين وليس بمعرفة المدين بالملاحقات التي يقرم بها الدائن، وأن محكمة الاستئناف، بإخضاع نجاح الدعوى لشرط إضافي، انتهكت نص المادة 1167».

ونذكر أخيراً أن محكمة استئناف باريس تبين لها، في 21 تشرين الأول 1988⁽⁶⁾، أن المصرف الدائن لم يكن يملك أي مبدأ للدين في تاريخ الهبة، في 7 آذار 1978 المطعون

(1) نشرة المدنية، IV، رقم 151، صفحة 131.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 119، صفحة 83.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 81، صفحة 61، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 545، ملاحظة J.MESTRE.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 8، صفحة 4؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، الطبعة G، 22027، تعليق J.GHESTIN.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 163، صفحة 148؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 801، ملاحظة J.MESTRE، فهرس Defrénois، 1986، الجلد 33694، صفحة 386، ملاحظة AUBERT.

(6) Les Petites Affiches، 24 نيسان 1989، صفحة 13، تعليق P. BOUTELLER.

فيها، واستبعدت حول هذه النقطة الرجوع إذ لاحظت أن المصرف اكتفى بالتمسك بالوضع الكارثي للشركة وتقديم ميزانيتها في 31 آب 1979 مما لم يكن يسمح «على الإطلاق بافتراض أن وضعاً كهذا كان متوقعاً قبل سنة ونصف».

468 - يسمح بالأحرى دين لأجل بممارسة الدعوى البوليانة.

يعترف بعض المؤلفين بحق الدائن لأجل بالغش البوليان لمدينه بحجة أن هذه الدعوى هي تحفظية⁽¹⁾. ويرفض آخرون ذلك لأن الأمر يتعلق بعمل تنفيذي⁽²⁾. ويجري التمسك، بتجاوز الجدل المتعلق بطبيعة الدعوى، بالمادة 1188 من القانون المدني لكي يجاز للدائن لأجل إقامة الدعوى البوليانة إذ يؤدي عمر المدين إلى سقوط الأجل⁽³⁾.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 17 كانون الثاني 1984⁽⁴⁾، «بأنه ليس من الضروري، لإقامة الدعوى البوليانة، أن يكون الدين الذي يستفيد منه المدعي أكيداً أو مستحقاً في آونة العمل المشوب بالغش، وبأنه يكفي، كما أعلنت بصواب محكمة الدرجة الثانية، أن يكون مبدأ الدين موجوداً قبل إبرام المدين العمل المعني». كما حكمت الغرفة نفسها في 27 كانون الثاني 1987⁽⁵⁾، بأن دين المدين «أياً كان تاريخ استحقاقه، كان قد نشأ قبل الهبة المنازع فيها»، مما يجيز إقامة الدعوى البوليانة.

وليس من المشكوك فيه أن للدائن لأجل خاصيات كهذه. وشرط أقدمية الدين إذا يوفره وجود دين لأجل.

تبقى إذا مسألة معرفة ما إذا كان دين كهذا يسمح بإقامة الدعوى البوليانة قبل حلول الأجل. كان الدين في الحكم المذكور سابقاً في عام 1984 العائد للملاحق مستحقاً في يوم إقامة الدعوى. فماذا تكون الحال عندما لا يكون في هذه الآونة مستحقاً بعد؟ ذلك بأن وضع الدائن لأجل، بسبب عدم استحقاق الدين ذاته، ليس وضع دائن عادي.

(1) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 1033، صفحة 684 وصفحة 585. Ph. MALAURIE، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 كانون الثاني 1984، صفحة 437. Dalloz 1984، صفحة 437.

(2) M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، رقم 955، صفحة 342 - H.L. et J. MAZEAUD et P. CHABAS - 285، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف P. CHABAS، رقم 1024، صفحة 1069.

(3) B. STARCK، المرجع عينه، الطبعة الثالثة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، الطبعة الرابعة، رقم 805، صفحة 342 - G. MARTY، P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 169، صفحة 154. ليس البرهان مقنعاً بالضرورة لأن سقوط الأجل ليس آلياً ولا سيما أن عمر المدين ليس مفروضاً دائماً لإقامة الدعوى البوليانة. انظر حول سقوط الأجل الرقم 167، السابق وما يليه.

(4) النشرة المدنية، J، رقم 16، صفحة 14 - Dalloz 1984، صفحة 437، تعليق Ph. MALAURIE، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 719 وما يليها، ملاحظة J. MESTRE.

(5) النشرة المدنية، J، رقم 28، صفحة 18.

ولا يبدو أن طبيعة الدعوى البوليانية، وهي عمل تحفظي أو عمل تنفيذي، هي التي تتيح الإجابة على هذا السؤال، وإنما أساس الدعوى ذاته. وهذا ما كان يدّرسه Demolombe الذي كان يأخذ بأن الغش هو الذي يَسوّغ الدعوى: «الغش استثناء للقواعد جميعاً؛ وعندما يتم ارتكاب الغش آنياً للإضرار بأحد الأشخاص، فإن ذلك يؤدي إلى الحق غير المنازع فيه في الدفاع المشروع عن النفس بالنسبة إلى هذا الشخص في المقاضاة، منذ ذلك الحين، لكشف الفتناع عن الغش وجعله عاجزاً»⁽¹⁾. وقد لاحظ مؤلفون معاصرون أن الشرط الأساسي للإمكانية الطعن في أحد الأعمال على أساس المادة 1167 من القانون المدني ليس شرط عبر المدين، ولا شرط ضرر الدائن، وإنما شرط الغش⁽²⁾. فالدائن لأجل بإمكانه إذاً ممارسة الدعوى البوليانية.

وهذا التحليل هو المعتمد لكي يَسوّغ في التفويض منح المفوض أو المفوض الدعوى البوليانية خلال «الفترة الوسيطة»، أي الفترة بين توافق الإرادتين وتنفيذ التفويض»⁽³⁾.

وإذا وضعنا الجدال على الصعيد الإجرائي وحسب يلاحظ أن الاعتراف بحق الدائن لأجل بإقامة الدعوى البوليانية يعني توفير دعوى وقائية له. وبالفعل ليس من الأكيد أن للدائن مصلحة قائمة وحالية بمعنى المادة 31 من مدونة الإجراء المدني الجديدة. ويبدو أن المسألة هي مسألة حالة، ذلك بأن المصلحة في المقاضاة يقدرها بسيادة قضاة الأساس⁽⁴⁾.

II - ضرر الدائن

469 - حوّل تطور الاجتهاد التعريف التقليدي للضرر بشكل ظاهر.

أ - التعريف التقليدي لضرر الدائن.

470 - ينبغي أن يكون الدائن حسب التعريف التقليدي متعذراً عليه تحصيل دينه يعمل إنقار المدين الذي يخرج من ذمته المالية قيمة قابلة للحجز تؤدي إلى عسره أو تفاقم هذا العسر.

(1) عمل الإقتار

471 - يفترض إنقار المدين خروج مال من ذمته المالية، بدون مقابل، إذا تعلق الأمر بعمل مجاني أو في أي حال، بدون مقابل معادل.

تستهدف الدعوى البوليانية بما لا يقبل الجدل الأعمال المجانية أو المحتوية على غبن.

(1) Ch. DEMOLOMBE, *Traité des Contrats ou des obligations conventionnelles en général*, الجزء II، الطبعة الثانية، 1871، رقم 230، صفحة 238 وصفحة 239.

(2) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 1035، صفحة 587.

(3) M. BILLAU، *La délégation de créance (Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations)*، أطروحة في باريس I، منشورات L.G.D.J.، 1989، مقدمة J.GHESTIN، رقم 239 - 1.

(4) انظر: القضي التجاري، 5 شباط 1985، النشرة المدنية IV، رقم 46، صفحة 38.

وهي تطبق، مثلاً، على تقديم، لاحدى الشركات، بخس بصورة جلية⁽¹⁾، وعلى تكوين شركة لا يمكن أن تصل حصصها غير القابلة للتداول إلى ثمن العقارات التي يقدمها المديون والمعتبرة بصورة فردية⁽²⁾، وعلى بيع ثمن أدنى من الثمن الذي يعرضه أحد الشارين الذي وجده بالموازاة وكيل المدين⁽³⁾، أو ثمن أدنى من القيمة البيعية للمال، لشقة ما في هذه الحالة⁽⁴⁾، وعلى الإيجار لمدة طويلة لقاء ثمن أدنى من القيمة الإيجارية الحقيقية⁽⁵⁾. ولا يمكن، بالمقابل، أن يشكل إيجار من الباطن، حتى ولو كان وقتياً، أن يشكل مصدر إقرار ما دام يضع على عائق المستأجر من الباطن بدل إيجار⁽⁶⁾.

472 - يتعارض عمل القار المدين، تقليدياً، مع مجرد رفض الإثراء الذي لا يتيح إقامة الدعوى البولائية.

مصدر التفريق هو القانون الروماني حيث كان مقبولاً على وجه العموم الأخذ، به رغمًا عن عمومية أحكام المادة 1167 من القانون المدني⁽⁷⁾.

ودعوى الإبطال، بالنسبة إلى مجرد رفض الإثراء، تكون بلا منفعة لأنه ليس لها، بحد ذاتها، مفعول إدخال الحق المعني في ذمة المدين المالية، وليس بإمكان الدائن، عن طريق الدعوى غير المباشرة، أن يحل محل مدينه في ممارسة مجرد إمكانية. وبالمقابل، إذا كان الامتناع، كرفض تركه مستحقة، يفقد حقاً سبق اكتسابه يكون هناك إفقار للمدين. وينبغي ليكون ثمة مجرد رفض إثراء أن يكون هناك امتناع لا يخرج من ذمة المدين المالية مالا سبق أن دخل فيها. ولا يمكن، عملياً، إعطاء مثال إلا نادراً على رفض عرض هبة. والمعدل عن

- (1) غرفة المرافع، 18 تشرين الثاني 1946، مصنف الاجتهادات الدوري، 1947، II، 4011.
- (2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 شباط 1973، النشرة المدنية، I، رقم 170، صفحة 66.
- (3) النقض التجاري، 7 نيسان 1965، النشرة المدنية III، رقم 266، صفحة 238.
- (4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 6، صفحة 4؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، الطبعة G، 22027، تعليق J.GHESTIN.
- (5) النقض الاجتماعي، 19 كانون الأول 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1942، II، 1809، تعليق E.BECQUÉ. انظر النقض التجاري، 14 أيار 1952، Dalloz 1953، صفحة 625، تعليق J.RADOUANT، استبعاد دعوى الإبطال لأن بدل الإيجار «المتفق عليه لم يكن بشئاً» وهكذا «لم يكن للإيجارات النزاع فيها مفعول زيادة عبر المدين».
- (6) محكمة استئناف بورجو، 28 آذار 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، IV، صفحة 36.
- (7) انظر بهذا المعنى G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عنه، الجزء II، صفحة 525، رقم 1399. ... M.PLANTOL et G.RIPERT، المرجع عنه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 270، رقم 939. H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عنه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1076، رقم 991. P.RAYNAUD et Ph. MARTY، J.BSTAZ، المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 156، رقم 172. Ph. TARRÈ، Ph. SIMLER، Y.LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، صفحة 814، رقم 1076. Ph. MALAURIE et L.AYNES، المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 1034، صفحة 585. B.STARCK، المرجع عنه، الجزء III، الطبعة الثالثة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 584، صفحة 250. وعلى نقبي ذلك Ch.AUBRY et Ch.RAU، المرجع عنه، الجزء IV، الطبعة السادسة، الفقرة 313، النص والتعليق 16.

التقادم (مرور الزمن) يمكن أيضاً إدخاله في رفض الإنراء، وإنما يعتبر أن المادة 2225 من القانون المدني تجيز للدائنين العمل على إبطال عدول كهذا حصل غشاً للإضرار بحقوقهم.

473 - لا يعتبر عمل إقذار أيضاً إقدام المدين على إبرام تعهدات جديدة.

بيد أن هذه الديون الجديدة تسبب ضرراً للدائنين السابقين إذ سيشارك معهم الدائنون الجدد. إلا أن إقذار المدين، بصورة تقليدية، يُفهم على أنه إنقاص موجوداته (أصوله) وليس زيادة مطلوباته (خصومه).

ولتسويخ هذا التفریق يمكن أن يلاحظ أن التعهدات الجديدة للمدين تناظر زيادة في موجوداته طبعياً، ولا سيما أن المدين المدني، حتى المعسر، لا ترفع يده عن إدارة ذمته المالية⁽¹⁾. ويبدو، في أي حال، اقتداء بالحل المقبول في مادة «الإفلاس»، أن الغير الذي يطيل صناعياً نشاط شخص معسر ويتبع له زيادة مطلوباته يمكن اعتباره مسؤولاً عن هذه الزيادة تجاه الدائنين الآخرين⁽²⁾.

474 - المدفوعات لا تجيز للدعوى البولانية من حيث المبدأ.

ثمة توافق على اعتبار أن تسديد موجب طبيعي خاضع للرجوع البولاني ضمن شروط الرجوع عن العمل المجاني ذاتها.

وبالمقابل من المقبول به تقليدياً أن تسديد الموجبات المدنية لا يفسح في المجال للدعوى البولانية⁽³⁾. وبعضهم يدافع عنها⁽⁴⁾، وآخرون يقلّبونها مع تحفظات⁽⁵⁾ أو

(1) انظر B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف L.BOYER ET H.ROLAND، رقم 595، صفحة 338. M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف

J.RADOUANT، صفحة 273، رقم 945. G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 527، رقم 1404. قارن بـ G.MARTY، P.RAYNAUD et JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 159، رقم 174، اللذان وجدوا الحل الأكثر تقليدياً في حالة الغش المميز.

(2) انظر: في مادة «الإفلاس» الاجتهاد التقليدي تجاه المصارف في Y CHAPUT، Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises، منشورات PUF، الطبعة الثانية، 1990، رقم 404، صفحة 362 وصفحة 363، والإستادات العديدة: المستشهد بها ولاسيما J.STOUFFLET، L'ouverture de crédit et la responsabilité envers les tiers، الطبعة G، 1985، 1، 1882.

(3) انظر: Cl. COLOMBET، De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements، المحلة الفصلة للقانون المدني، 1965، صفحة 5 وما يليها.

(4) M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، رقم 948، صفحة 277.

(5) AUBRY et RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 313، التعليق 31. بعض المؤلفين ينشئ كرون الوضع، مبدئياً، لا يمكن أن يشكل موضوع دعوى بولانية، على الأقل عندما يتعلق الأمر بنظم سوتي للدفع لأن هذا الدفع مستبعد عن فكرة الغش Y.LEQUETTE et Ph. SIMLER، F.TERRÉ، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1087، صفحة 810. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، =

يعارضونها⁽¹⁾، إلا أن هذا الحل يجب النظر إليه مع بعض الفروقات الدقيقة. ويتم الأخذ، لصالح رفض الدعوى البوليانية، بأن الدفع لا يؤدي إلى أي إفقار للمدين ما دام أن انقاص موجوداته (أصوله) يناظر انقاصاً معادلاً في مطلوباته (خصومه)⁽²⁾، بيد أن شرط إفقار المدين ينبغي أن يفهم بالنسبة إلى الضرر الذي يسبب للدائن. والحال أن الدفع لأحد الدائنين، في أي فرضية، ينقص حظوظ الدائنين الآخرين في أن يدفع لهم كامل ما يتوجب لهم. أن ما يهم الدائنين، بصور خاصة، ليس الحفاظ على ذمة المدين المالية وحسب وإنما إعادة موجوداته أيضاً القابلة للحجز. ولذلك تتيح إعادة قيمة سهلة الإخفاء في مال يسهل حجزه، كما رأينا، ممارسة الدعوى البوليانية.

والنسبغ الأساسي في الحقيقة للقاعدة التي تستبعد الدعوى البوليانية بالنسبة إلى المدفوعات هو أن هذه المدفوعات أعمال ضرورية وملزمة للمدين⁽³⁾. ولا يمكن، لأنه ملزم بموجباته، أن يُتهم بالغش عندما يدفع لأحد دائنيه. والأمر كذلك كما في غياب الإفلاس المدني لأنه يحفظ بالإدارة الحرة لذمة المالية ولا يلزم بأن يدفع لدائنيه وفقاً لترتيب معين.

والأمر مختلف في حال فتح التقييم القضائي المدني الذي ينظمه قانون 31 كانون الأول 1989 المتعلق بالاستدانة المفرطة للمنازل⁽⁴⁾. فالمادة 11، الفقرة 4 منه، تنص بالفعل على أن «يمنع الحكم الذي يعلن الوقف المؤقت لإجراءات التنفيذ، ما عدا إذن القاضي، على المدين (...) أن يدفع ديناً بكامله أو بقسم منه غير الدين الغنائي الناشئ سابقاً لهذا القرار، وأن يرضي الكفلاء الذين يستوفون ديناً نشأت سابقاً، إلخ». يضاف إلى ذلك أنه إذا كان بإمكان القاضي أن يفرض بعض التضحيات على الدائنين، فيمكنه أن يقرن ذلك بموجبات على عاتق المدين ومنها، وفقاً للمادة 12، الفقرة 3، «الامتناع عن أعمال تفاقم عسره». ومن الأكيد أن انتهاك هذه الموجبات في امتناع المدين يمكن أن يؤدي إلى خضوعه للنظام الخاص الذي وضعه القانون الجديد تطبيقاً للعادة 16. ويمكن مع

= رقم 1034، صفحة 586 - G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ - المرجع عنه، الطبعة الثانية، رقم 174، صفحة 168. وصفحة 159. قارن بـ A. SÉRIAUX, Droit des obligations، منشورات P.U.F، 1992، رقم 224، صفحة 681.

(1) L. JOSSERAND, Cours de droit civil positif français، الجزء II، الطبعة الثانية، 1933، صفحة 373، رقم 684.

(2) انظر: N. CATALA، La nature juridique du paiement: أطروحة في باريس، منشورات L.G.F.J، مقدمة J. CARBONNIER، صفحة 227، رقم 191.

(3) انظر N. CATALA، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 277، رقم 182 - Cl. COLOMBET، المقالة المذكورة سابقاً، في مواضع مختلفة.

(4) انظر: في صدد تقديم عام للنص G. PAISANT، La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages، des ménages، منشورات الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة G، I، 3457 - P.-M. B. KERCKHOVE et P.-M. LE CORRE، Le règlement des situations de surendettement des particuliers، مجلة الإجراء، حلقة المناقشة في 1990، صفحة 193 وما يليها. - J.-L. VALLENS، La loi sur le surendettement des particuliers، العمل القانوني، موسوعة Dalloz، 1990، صفحة 87 وما يليها.

ذلك التساؤل حول مصير المدفوعات التي تتم بمخالفة موجبات كهذه. ويبدو، في حال عدم وجود نص قانوني، أنه من الواجب العودة إلى القانون العام للدعوى البوليانة. ولا شك في أن هذه الدعوى تتعذر ممارستها من قبل الدائنين إلا بشرط أن يبرهن هؤلاء على وجود غش المدين؛ بيد أن برهنة كهذه يثني تسهيلها ذلك بأنها قربة غش يجب أن تفرض على المدين بسبب موجب الامتناع الذي يفرضه القانون عليه.

أما الدائن الذي يدفع له فلا يمكن أن يؤاخذ على ذلك، فقد تلقى مكافأة عنايته، وهي «ثمن سعيه»⁽¹⁾.

ويكفي أن يكون الدين مستحقاً لكي لا يكون من الممكن أن يتنازع فيه الدائنون الآخرون. وليس الأمر خلافاً لذلك إلا أن يكون الدفع قد تم بدون حرمان هؤلاء الدائنين الآخرين⁽²⁾.

والأمر خلاف ذلك عندما يكون المدين موضوع إجراء تقويم قضائي. فالمادتان 107 و 108 من النص الجديد، خلاف للمادتين 29 و 31 من قانون 13 تموز 1967 اللتين كانتا تنظمان دعوى الأاحجية تجاه كتلة المدفوعات التي قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع، تنظمان دعوى بطلان المدفوعات التي أجراها المدين بعد هذا التاريخ. أنه بطلان إلزامي في صدد أي دفع، أبداً كان نمطه، لديون غير مستحقة في يوم الدفع» (المادة 107 - 3) وفي شأن «أي دفع لديون مستحقة» جرى بشكل آخر غير «نمط الدفع كما هو شائع، والمقبول في علاقات الأعمال» (المادة 107 - 4)؛ وبطلان اختياري بالنسبة إلى «مدفوعات الديون المستحقة الجارية بعد تاريخ التوقف عن الدفع»، حتى ولو كانت قد تمت بوسيلة مشتركة الدفع، «ما دام أن من تعامل مع المدين كان على علم بالتوقف عن الدفع» (المادة 108). فالنص القانوني الجديد يتعد إذاً عن الدعوى البوليانة من القانون العام التي هي، كما رأينا، دعوى الأاحجية.

2) القيمة القابلة للمحجز.

475 - الرجوع عن العمل مستبعد إذا تعلق الأمر بمال غير قابل للمحجز⁽³⁾.

ليس لهذا الرجوع مفعول مفيد للدائن إلا أن يكون بإمكانه بعد ذلك حجز المال الداخل

(1) انظر: محكمة ليون المدنية، 13 حزيران 1939، Dalloz 1940، 2، صفحة 30.

(2) انظر: بهذا المعنى النقض المدني، 13 آذار، 1869، Dalloz، 66، صفحة 200 - 7 تموز 1896، Dalloz، 96، 1، صفحة 519 - 19 تموز 1945، مجلة نصير العدل، 1945، 2، صفحة 143: Sirey 1946، 1، صفحة 14، استبعاد الدعوى البوليانة لعدم نية الضرر ورغماً عن معرفة ضرر المدين والضرر السبب للدائنين الآخرين. - انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1976، النشرة المدنية، 1، رقم 46، صفحة 39 حيث كان دفع هذا ما قتمها زوج إلى عشيقة عن طريق شيكات على يواض أعطته إياها زوجته وجررت مائلته ببرعات لم تكن سوى «نمط تحقيق».

(3) انظر: H.-L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد 1، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 1071، رقم 983، G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 528، رقم 1409.

مجدداً في ذمة مدينة المائلة. وينبغي أيضاً أن لا ينتج الحق غير القابل للحجز ثماراً تكون قابلة للحجز⁽¹⁾.

وإذا كانت الأموال غير القابلة للحجز بمنحى من الدعوى البوليائية، فلا يبدو أن تكون مطبقة على هذا الدعوى استثناء الأعمال «المرتبطة حصراً بالشخص» المنصوص عليها بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة في المادة 1166 من القانون المدني⁽²⁾. ويتعلق الأمر بالفعل بشئ أو في أي حال بخطأ متعمد وليس بمجرد إهمال. ليس ثمة إذاً الأسباب عينها للأخذ في الحبان اعتبارات عائلية أو شخصية حصراً تسوّغ استبعاد الدعوى غير المباشرة⁽³⁾.

إن الاجتهاد منقسم. وإذا كانت محكمة النقض قد قبلت ممارسة الدعوى البوليائية ضد إذن زوجي غشي⁽⁴⁾ وضد تغيير للنظام الزوجي⁽⁵⁾، فقد أعلنت ذلك غير مقبول إذا تعلق الأمر بالرجوع عن هبة بين الزوجين⁽⁶⁾.

(3) إنشاء عسر المدين أو مقاومته.

476 - ينبغي أن يكون المدين مرسراً من حيث المبدأ في آونة العمل المظنون فيه وفي آونة ممارسة الدعوى البوليائية.

إن الدعوى البوليائية معقّدة، تقليدياً، لحفظ حق الرهن العام للدائنين على ذمة مدينتهم المالية. ورهن الدائنين، ما دام هذا المدين مليئاً، يبقى كافياً، مما يمنع عليهم الطعن في الأعمال التي يقوم بها مدينتهم. فعرس المدين إذاً شرط لممارسة الدعوى البوليائية⁽⁷⁾.

(1) انظر النقض المدني، 11 أيار 1819، الاجتهاد العام v، السلطة الأبوية، رقم 173: عدول أب عن حق انتفاع قانوني. انظر M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، صفحة 274، رقم 946.

(2) انظر مع ذلك H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 1071، رقم 983.

(3) انظر بهذا المعنى F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1065، صفحة 808 - G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 160 و صفحة 161، رقم 174 - R. STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 596، صفحة 338 - M. PLANIOL G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، صفحة 275، رقم 947. - قارن بـ P-Y GAUTIER، موسوعة Deloç، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية v، الدعوى البوليائية، 1988، رقم 19، التفرقة، في ما يخص بالأعمال المتعلقة بالذمة المالية، بين العمل الإيجابي للإنقاذ الذي يميز الدعوى البوليائية ومجرد الامتناع.

(4) النقض المدني، 29 تموز 1902، Dalloz، الدوري 1903، 1، صفحة 383، تعليق M. PLANIOL.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 حزيران 1986، مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، الطبعة II، G.، 20816، ملاحظة Ph. SIMLER. انظر بالمعنى عينه حكم محكمة استئناف فرماسي، 18 حزيران 1988، Dalloz-Sirey، 1988، صفحة 124 من التقرير.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 نيسان 1988، Dalloz-Sirey، 1988، صفحة 124 من التقرير.

(7) انظر بهذا المعنى حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 8 آذار 1854، Dalloz، الدوري 54، 1، صفحة =

على أنه ليس لهذا التطلب المدنى عينه حسب الآونة التي يجب فيها أن يقدر وضع المدين.

وينبغي، حسب المفهوم التقليدي الذي يربط الدعوى البرليانية بتصفية ذمة المدين المالية، أن يكون هذا المدين معسراً في الآونة التي تقدم فيها دعوى الرجوع. وهكذا نقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 6 كانون الثاني 1987⁽¹⁾، حكماً يلاحظ أن الرجوع المنصوص عليه في المادة 1167 من القانون المدني «يفترض إثبات عسر المدين في تاريخ تقديم الادعاء»⁽²⁾. فإذا كان المدين يملك أموالاً كافية ليدفع إلى دائنيه فليس بإمكانهم الشكوى من عثر نجاح حقهم في الرهن العام. والأمراً ليس كذلك إلا أن تكون الموجودات المتبقية (الأصول) مؤلفة من أموال غير قابلة للحجز أو كائنة في الخارج، في ظروف يكون بيعها فيها مستحيلاً على وجه التقريب⁽³⁾.

غير أنه ينبغي أيضاً أن يكون العمل المطعون فيه على الأقل في أصل هذا العسر، مما يعني أن يكون المدين في آونة هذا العمل سبق أن كان معسراً أو أصبح كذلك بمفعول هذا العمل⁽⁴⁾. على «أن هذا التطلب يبدو أكثر ارتباطاً بنش المدين من ارتباطه بضرر الدائنين

* 191. - 25 حزيران 1895، Dalloz 99، 1، صفحة 491. - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 حزيران 1961 (التعليق)، 1، مجلة نصر العدل، 1961، 2، صفحة 305، A. BENABENT، Les obligations، منشورات Montchrestien، الطبعة الثالثة، 1991، رقم 638، صفحة 359. - JESTAZ، G. MARTY، P. RAYNAUD et Ph. 161 الطبعة الثانية، صفحة 161 وصفحة 162. - G. RIBERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 528، رقم 1409. - M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، صفحة 257، رقم 928. - F. TERRÉ، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1075 وما يليه.

(1) النشرة المدنية، II، رقم 1، صفحة 11، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 137، ملاحظة J. MESTRE.

(2) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 أيار 1978، النشرة المدنية، I، رقم 209، صفحة 167. - 27 حزيران 1972، النشرة المدنية، I، صفحة 142، رقم 163، نقض حكم محكمة استئناف باريس الذي قبل المرجع من هبة بالملاحظة أن دين المدينة كان يفوق قيمة الأموال التي كانت مالكتها في يوم الهبة، «بدون أن تشرح موقفتها من قيمة اللزمة المالية» لهذه الهبة «في تاريخ الادعاء، وبدون البحث عما إذا كانت الأموال التي ما زالت مالكتها بعد الهبة كانت في هذه الفترة كافية لإرضاء الدائنين». - 31 أيار 1978، النشرة المدنية، I، رقم 209، صفحة 167. وكذلك M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف S. RADOUANT، صفحة 257، رقم 928.

(3) انظر بهذا المعنى M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، صفحة 257 وصفحة 258، رقم 928، والاجتهاد المستشهد به في التعليق 2.

(4) انظر بهذا المعنى حكم غرفة المرافض، 8 آذار 1854، Dalloz 54، 1، صفحة 181، Sirey 54، 1، صفحة 684، تأكيد رد الدعوى لأنه في آونة التصديق المنازع فيه «كانت الأموال التي تملكها المدينة، «خارج الأموال المسبلة، كافية لتأمين دين مدعي النقض» واستنتجت من ذلك «أن التصديق (...) لم يسبب لهم أي ضرر في الآونة التي جرى فيها». أعف إلى ذلك النقض المدني، 3 كانون الثاني 1865، Dalloz 65، 1، صفحة 119، Sirey 65، 1، صفحة 65. - محكمة استئناف بوزانسون 2 حزيران *

الذين لا يتحملون مفاعيل عسر المدين إلا في آونة يجهدون خلالها، بدون طائل، في حجز أمواله، وعليهم بالتالي إقامة دعوى الرجوع. وبالمقابل، عندما يكون بالإمكان تحليل الغش البوليفاني، كما سنرى، في ضمير المدين بأنه خلق عسره أو زيادته عن طريق العمل المطعون فيه، يقتضي تقدير العسر في آونة هذا العمل.

ويعود إلى المدعي تقديم إثبات عسر المدين بالوسائل كافة⁽¹⁾. والغير مكتسب الملكية الذي توجع الدعوى ضده بإمكانه أن يطلب المنازعة أي حجز أموال المدين والبيع المسبق. وهذا التطلب يستبعد مع ذلك «عندما يكون عسر المدين معروفاً من الجميع»⁽²⁾. والأمر كذلك عندما تكون هذه العملية صعبة للغاية، بالنسبة إلى الأموال الكائنة في الخارج مثلاً⁽³⁾.

ب - تطور الاجتهاد بالنسبة إلى ضرر الدائن.

477 - يتم هذا التطور بالصعيد المزدوج لعسر المدين وخصوم الإقار.

478 - التطور بالنسبة إلى تطلب عسر المدين.

استبعد الاجتهاد اليوم هذا التطلب عندما تتعلق دعوى الرجوع بمال يتزود الدائن تجاهه بحقوق خاصة.

وقد طرحت هذا المبدأ الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بالشكل الأوضح في حكمها بتاريخ 19 كانون الأول 1941: «من حيث أن الضرر، في الحالة التي يكون فيها الدائن مزوداً بحقوق خاصة على بعض أموال مدينه، على الأخص بسبب تكوين دهن عقاري، يمكن أن يكون موجوداً خارج عسر المدين، ما دام قد تمت البرهنة على أن هذا المدين، من طريق العمل الغشّي الذي تم توجيه دعوى الرجوع ضده، تصرف بأمواله أو أنقص قيمتها بحيث جعل ممارسة الحقوق التي أقر الدائن بها منفعة مستحيلة أو غير فعالة»⁽⁴⁾.

ودكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 15 تشرين الأول 1980⁽⁵⁾، بهذا المبدأ في تعابير مماثلة عملياً. وبينت في أول كانون الأول 1987⁽⁶⁾ أيضاً «أن الدائن

= 1853، Delloz، 54، 2، صفحة 255. H.L. et J.MAZEBAUD et F.CHABAS، المرجع عنه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1074 وصفحة 1075، رقم 989.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى، أول كانون الأول 1987، المذكور سابقاً.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 4 نيسان 1973، النشرة المدنية، III، صفحة 187، رقم 258. انظر بهذا المعنى G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عنه، الجزء II، صفحة 529، رقم 1410. M.PLANTOL et J.RADOUANT، تأليف G.RIPERT، الجزء VII، الطبعة الثانية، المرجع عنه، رقم 258، رقم 929.

(3) انظر بهذا المعنى حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 22 تموز 1835، الاجتهاد العام، V، السجلات، رقم 986.

(4) مصنف الاجتهادات الدوري، 1942، II، 1809، تعليق E.BECQUÉ.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 257، صفحة 205.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 318، صفحة 228. وكان السيد MESTRE (المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 7) قد ظن أن بإمكانه أن يستنتج من الممارات العامة للحكم الصادر في 8 كانون الثاني 1987 عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض التالي عن هذا الاجتهاد والعروة إلى ما ساء «التقليدية». ان ما =

غير المزود بحقوق خاصة على بعض أموال مدينه لا يستطيع الاستناد إلى الأعمال التي قام بها مدينه المتضمنة الغش بالنسبة إلى حقوقه إلا أن يبرهن على عسر هذا المدين⁽¹⁾.

وهكذا عندما لا يتناول حق الدائن ذمة المدين المالية فقط كرهن عام يكون الضرر تاماً ما دام أن هذا المدين قد تصرف بهذا المال بصورة تجعل ممارسة هذا الحق مستحيلة. ولم بعد الأمر متعلقاً هنا بالسماح بإعادة تكوين ذمة المدين المعسر المالية، وإنما بمعاقبة تراوط الغير في انتهاك الحق الذي يملكه الدائن على المال المعني.

وقد طبق هذا الاجتهاد لصالح الدائنين المرتهنيين العقاريين الذين يرون رهنهم، مثلاً، قد أنقصه إيجار معقود بثمن بخس والمدة طويلة⁽²⁾.

وكان له دور في تسويق الرجوع عن حقوق معطاة للغير بمضرة وعد أحادي الجانب بالبيع أو بوعد بالتفضيل⁽³⁾.

كما طبق هذا الاجتهاد في انتهاك موجب عدم رهن عقار⁽⁴⁾، وتوسعا في تعهد مدين الالتزام ببيع بعض الكتب لدى مطبعي وبيع عقاره لينجو من ذلك⁽⁵⁾. حتى أنه سَوَّغ لاحجية هبة بقسمة التركة كان لها، بالنسبة إلى المال المقسم المعني، مفعول عقبة أمام تجلبد إيجار ريفي، فأصبح كل قسم، بعد التقسيم، بمساحة أدنى من المساحة التي كانت تتيح هذا التجلبد⁽⁶⁾.

= ورد عرضاً في حكم الغرفة المدنية الأولى في أول كانون الأول 1987 يبين أنها لم تكن في نيتها على الإطلاق العودة عن الحلول السابقة في حكمها السابق.

(1) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1941 المذكورة سابقاً. - حكم غرفة العرائض، 27 شباط 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1942، II، 1918، تعليق E.BECQUÉ. - 21 تشرين الثاني 1894، Dalloz، 95، 1، صفحة 277. - محكمة استئناف باريس، 23 تموز 1937، Dalloz، 1939، 2، صفحة 81، تعليق J.RADOUANT، مصنف الاجتهادات الدوري، 1938، II، 492. - 2 آذار 1906، Dalloz، 1908، 2، صفحة 98. إضافة إلى حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1973، النشرة المدنية، III، رقم 306، صفحة 222، بالنسبة إلى حصص في شركة مدنية عقارية غير محررة تفرغ عنها حائزوها بدون مقابل حقيقي.

(2) حكم محكمة استئناف ليون، 6 تموز 1883، Dalloz، 1883، 2، صفحة 259. - حكم غرفة العرائض 15 نيسان 1902 (التعليق)، 1902، S، 2، صفحة 316، Dalloz، 1903، 1، صفحة 38. - حكم غرفة العرائض، 12 كانون الثاني 1926، Sirey، 1926، 1، صفحة 183. - محكمة استئناف باريس، 5 تموز 1926، D.H. (Dalloz الأسبوعي) 1926، صفحة 472، وبناء على طعن، حكم الغرفة العرائض، 12 حزيران 1929، D.H.، 1929، 2، صفحة 446، في شأن إيجار بثمن بخس إبرم تحالفاً على مدد بالبيع - النقض المدني، 13 تشرين الثاني 1929، Dalloz، 1929، 1، صفحة 131. - حكم غرفة العرائض، 28 آب 1940، Sirey، 1940، 1، صفحة 103. - النقض المدني، 10 نيسان 1948، Dalloz، 1948، 2، صفحة 421، تعليق R. LENOAN، حكم استمادة بالنسبة إلى إنشاء رهن عقاري تحالفاً على وعد بالبيع، صيغة عام 1929 ذاتها، وإنما لم يستند إلا إلى المادة 1382 بدلاً من المادتين 1167 و 1382 من القانون المدني.

(3) حكم غرفة العرائض، 22 آب 1882، Dalloz، 1882، 1، صفحة 296.

(4) محكمة استئناف باريس، 19 كانون الأول 1966، Dalloz، 1966، 2، صفحة 156.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 كانون الأول 1974، النشرة المدنية، I، رقم 38، =

وفد أخذ على هذا الاجتهاد بأنه أخرج الدعوى البوليانية من مجالها التقليدي الذي هو صون حق الرهن العام للدادن، ولوحظ أن تراطط الغير في انتهاك موجب عقدي يمكن أن يعاقب على أساس المسؤولية المدنية وحده أو الغش بصورة عامة^(١١).

وليس الرجوع عن العمل الفشي حسب هذا التحليل إلاّ التعويض العيني الأنسب عن الخطأ المرتكب من الغير المتواطئ في انتهاك موجب المدين العقدي. والدائن يملك هكذا، عدا دعوى المسؤولية العقدية ضد مدينه، دعوى مسؤولية تقصيرية ضد الغير المتواطئ مع هذا المدين.

ويبدو بالفعل أن العديد من الأحكام يفضل أن يطبق مباشرة المادة 1382 من القانون المدني، أو مفهوم الغش على وجه العموم⁽²⁾.

والرجوع إلى المادة 1167 ميزة إعطاء دعم نصي لمعاقبة الممتصين المجرمين، بيد أنه لا يشكل، كما رأينا⁽³⁾، أساساً عاماً لمعاقبة انتهاك حقوق دين الغير، ومن الأفضل بالتالي ولا ريب تحديد تطبيق المادة 1167 من القانون المدني بحالة عسر المدين للحفاظ

صفحة 289، مجلة قصر العدل، 1975، 1، صفحة 383، تعليق A. PLANQUEEL. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى، 4 كانون الثاني 1979، فهرس Defrénois، 1979، الجلد 32162، صفحة 1655، ملاحظة M.-J. AUBERT. لا الأخذ بالحجة عنه علم أساس الفشر.

(١) انظر بهذا المعنى M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، صفحة 269، رقم 938 - G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 523، رقم 1394، وبالنسبة إليهما ليس للدعوى المقامة في هذه الفرضية شروط مسامرة الدعوى البرلمانية بحصر المعنى ولا مفاعيلها - G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. FESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 162، رقم 176 - E. BECQUÉ، الملاحظات على DERRUPPÉ، La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction - H. SINAY، Action - des droits réels et des droits de créance الطروحة في تولدو، 1952، صفحة 393 - A. GROUBER، De l'action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente. المنفي، 1948، صفحة 183 وما يليها، ولأيسما رقم 13. أضف إلى ذلك A. GROUBER، L'action paulienne en droit civil français contemporain الطروحة في باريس، 1913، صفحة 521 وما يليها، الذي يرى في هذا الاجتهاد إعمال دعوى بوانية خاصة غائبة لشروط مسامرة مختلفة.

(2) انظر النقض المدني 10 نيسان 1946، Dalloz 1948، صفحة 421، تعليق RLENOAN، مجلة قصر العدل، 1948، I، صفحة 275؛ Sirey 1948، 1، صفة 127، مصنف الاجتهادات الدوري، 1948، II، 4403، تعليق EBBECQUE. من حيث ان المفيد من وعد بالبيع يحق له أن يظهر، ضد أحد الأشخاص، حتى الاجنبي من الوعد، الفسخ الذي يكون قد ارتكبه بطلب من العقار أو بقبوله وكان على علم بأنه موضوع الوعد وأن فاعل الوعد قد أنشأ، وذلك بالنظر لموجبه. من يتم الاستناد إلى المادة 1167 في هذا الحكم، وإنما فقط إلى المادة 1382 من القانون المدني - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 كانون الثاني 1978 المذكور سابقاً في صددية بقسمة التركة لاستبعاد الحق في تجديد إيجار ريني. انظر: المدخل العام، رقم 4766، الصفحات 754 إلى 756. انظر استبعاداً مماثلاً للمادة 1167 حتى مفهوم الفسخ لصالح المسؤولية المدنية، الرقم 450 السابق، في شأن حق أي شخص مكتسب بعد نقله إلى شخص آخر، وإنما هذا الفسخ حصل بسرعة قبل الفلأول.

(3) انظم الرقم 460 الى اليمين.

على طابعه الخاص. على أنه عندما تنزع الدعوى البوليائية نفسها إلى أن يجري امتصاصها في المسؤولية المدنية، نادراً ما تكون ثمة منفعة عملية لبناء الدعوى على المادة 1382 وحدها أو على هذا النص المنظم إلى المادة 1167.

479 - تطور مفهوم الإفكار.

يفترض إفكار المدين طبيعياً أن يكون مال ما قد خرج من ذمته المالية بدون أن يكون ثمة دخول مقابل له في هذا الذمة.

غير أنه، حسب الاجتهاد اليوم، «يملك الدائن الدعوى البوليائية عندما يكون للتفرغ، مع أنه تم لقاء ثمن سوي، إفلات المال من ملاحقاته باستبدال مال آخر به يسهل إخفاؤه»⁽¹⁾.

وقد طبق هذا الحل على مبيعات عقارات⁽²⁾، وتفرغ عن حصص في شركات مدينة عقارية⁽³⁾، وكذلك على تفرغ عن مؤسسة تجارية⁽⁴⁾. وجرى تبنيه أيضاً عندما يكون الهدف هو نفسه الذي يسعى إليه المدين عبر تكوين شركة قدم لها كل أمواله أو قسماً منها⁽⁵⁾.

ولاحظت محكمة استئناف شامبيري في هذا الصدد، في 17 كانون الأول 1985⁽⁶⁾، أن استبدال حصص في شركة في ذمة المدين المالية بحقوقه على العقار المشترك سبب ضرراً للدائنين، ذلك بأن الحصص المذكورة ليس لها أبداً لتأمين الديون قيمة ضمان عقارية. وقد أخذت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بهذا الحل

- (1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول آذار 1994، Dalloz-Sirey، 1994، صفحة 119 من التقرير؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة، IV، 1162 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 336، صفحة 252 Dalloz، 1988، صفحة 317، تعليق Y.LAMBERT - FAIVRE، 18 شباط 1971، Dalloz، 1972، صفحة 53، تعليق E.AGOSTINI، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1971، صفحة 841، تعليق Y.LOUSSOUARN.
- (2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 تشرين الثاني 1969 وحكم 18 شباط، المذكور سابقاً.
- (3) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 28 تشرين الثاني 1973، النشرة المدنية، III، رقم 806، صفحة 440 - 13 أيار 1969، النشرة المدنية، III، رقم 373، صفحة 285.
- (4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول آذار 1994، المذكور سابقاً.
- (5) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 حزيران 1961، مجلة قصر العدل، 1961، 2، صفحة 305، الذي بين أن إفكار المدين أتى من أن الأموال التي جعل منها تقديماً أصبحت الرهن المشترك لدائني الشركة الجديدة، مما هو منازع فيه طالما أن التعهدات الجديدة لا تشكل إفكاراً ولا يبدو أن فيها تفرغاً على هذا الصعيد بين أن تكون هذه التعهدات الجديدة قد عقدتها المدين مباشرة أو الشركة المتتبع إليها. - النقض التجاري، 18 نيسان 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 112، صفحة 113، بيان أن ضرر الدائن ينتج عن العمل الذي جعل المال ينجى من ملاحقاته إذ استبدل به أموالاً أخرى يسهل إخفاؤها فقام بذلك «العسر الظاهر» للمدين.

- (6) مجلة المصارف، 1986، صفحة 188، ملاحظة J.-L.RIVES - LANGES؛ المجلة الفصلية للمقارن المدني، 1986، صفحة 601، ملاحظة J.MESTRE.

صراحة، في 21 تموز 1987⁽¹⁾، إذ ردت الطعن المقدم ضد هذا الحكم.

كما لاحظت محكمة استئناف باريس، في 21 تشرين الثاني 1988⁽²⁾، «أن بيع مال عقاري (...) سبب ضرراً لشركة B.P.R.N.P. بزوال مال قابل للحجز من ذمة الزوجين Robert Sable المالية كمقار مقابل نقود عينية يسهل إخفاؤها، فأفقدتها بذلك إمكانية دفع دينها».

وهذا الحل ينبغي تأييده. أن ما يُعتمد بالفعل لتقدير ضرر الدائن «ليس القيمة الرياضية لموجودات مدينه (أصوله) بقدر ما هي الإمكانية الفعلية بأن يستوفي دينه من هذه الموجودات»⁽³⁾. ووجود قيمة معادلة دخلت في ذمة المدين المالية قليل الأهمية إذا كان استبدال النقود أو الأموال السهلة الإخفاء بالمقار الذي كان الدائنون يعتمدون عليه يتيح للمدين تنظيم عمره الظاهر⁽⁴⁾.

إن الحكم الذي أصدرته الغرفة التجارية في محكمة النقض في 10 حزيران 1963 هو أصعب تويغاً⁽⁵⁾. فقد أخذت بالفعل بأن بإمكان المصرف ممارسة دعوى الرجوع ضد الاندماج الحاصل بين مدينه الأصلي، شركة محدودة المسؤولية، وشركة مذبنة عقارية أعطت كفالتها التضامنية. ولكي تقدم على ذلك اعتبرت أن الشركة المحدودة المسؤولية أفقرت نفسها بامتصاص الشركة المدنية المقارية وبخسارة فائلة كفيل متضامن.

ومن السهل ملاحظة أن الشركة المحدودة المسؤولية امتصت أيضاً موجودات الشركة المدنية المقارية التي أعطت قيمتها للكفالة التي سبق تقديمها، وأن خسارة الكفيل، في أي فرضية كانت إقراراً بالنسبة إلى الدائن، وليس إلى المدين.

إن ضرر الدائن الوحيد ناتج في الحقيقة عن أن الاندماج منعه من أن يختار تبعاً لموجودات الشريكين ومطلوباتهما الخيار الذي له فيه مصلحة في أن يمارس ضد أيّ منهما ملاحقاته. ويبدو، على وجه الخصوص، أن الغرفة التجارية أرادت معاقبة عدم نزاهة المدين الذي ترك الحساب الجاري الذي ضمنه الكفيل المتضامن يعمل بدون إخطار المصرف باندماج الشريكين الذي أدى إلى زوال هذه الكفالة.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 تموز 1987، النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 169؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 136، ملاحظة J.MESTRE.

(2) Les Petites Affiches، 24 نيسان 1989، صفحة 13، تعليق P.BOUTILLER.

(3) J.RADQUANT، التعليق المذكور سابقاً.

(4) انظر H.L. et J.MAZEUD et F. CHABAS، المرجع عنه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف P.CHABAS، صفحة 1077، رقم 992. J.GHESTIN، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى، 13 آذار 1973، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، الطبعة G، II، 17782. E.AGOSTINI، التعليق المذكور سابقاً.

(5) Dalloz، 1968، صفحة 116، تعليق G. LOMBOIS.

III - الغش البوليفاني

480 - نفترض ممارسة الدعوى البوليفانية أن يكون العمل قد قام به المدين قسماً للإضرار بحقوق دائيه.

يجب إذاً وجود غش المدين. بيد أن الدعوى، توجّه، عملياً، ضد من حاز المال الذي يريد الدائن إعادته إلى ذمة مدينه المالية من أجل حجزه. ينبغي إذاً أن لا يُنظر إلى المدين وحسب وإنما إلى الغير مكتسب الملكية أيضاً حتى إلى مكتسب الملكية الثاني الاحتمالي.

إن الأمر يتعلق، في أيّ فرضية، بمسألة واقعية يمكن تقديم الدليل عليها بالوسائل جميعاً عندما يكون الدائن غيراً بالنسبة إلى العمل المطعون فيه⁽¹⁾.

ولاحظت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض أيضاً، في 3 كانون الأول 1985⁽²⁾ «أن محكمة الاستئناف رأت في ما ورد في العمل المنظم أمام الكاتب العدل وخارج محاسبة هذا الأخير...» قرينة من شأنها إثبات الغش البوليفاني ورأت غيرها في موقف الرفاق Alphand المرتبك حول مصدر المال».

إن غش المدين مفروض أياً كانت طبيعة العمل المجرّم. فالمدين الذي يظن نفسه مليئاً عن حسن نية يحتفظ إذاً بالتصرف الحر بأمواله. بيد أنه استناداً إلى المواد 788 التي تنص لللدائن العمل على إبطال العدول عن الإرث، و 622 بالنسبة إلى عدول عن حق الانتفاع، و 1053 في ما يختص بعدول مسبق عن أموال مثقلة باستبدال، جرى الأخذ بأن هذه النصوص لا تستهدف غش من يعدل، لأن هذا الغش لم يكن ضرورياً وهذا الحل يجب أن يمتد إلى جميع أنواع العدول، بسبب الطابع الخطر لأعمال كهذه⁽³⁾.

بيد أنه في الواقع جرى بيان أن العقبتين لم يأتوا على ذكر الغش في النصوص التي تم التصويت عليها قبل المادة 1167 من أجل الحفاظ على المسألة، وأن الغش، في المادة 1464 القديمة التي جرى التصويت عليها لاحقاً والتي تتعلق بعدول الزوجة عن شيوخ

(1) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 تشرين الأول 1976، النشرة المدنية، I، رقم 299، صفحة 231 - 3 أيار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 117، صفحة 106؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1973، صفحة 771، رقم 5، ملاحظة Y. LOUSSOUARN، - الغرفة المدنية الثالثة، 13 شباط 1970، النشرة المدنية، III، رقم 107، صفحة 179 المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، صفحة 765، رقم 9، ملاحظة Y. LOUSSOUARN - الغرفة المدنية الأولى، 15 شباط 1967، النشرة المدنية، I، رقم 66، صفحة 49 - غرة المرافض، 20 تموز 1975، Dalloz، 76، 1، صفحة 243. أمف إلى ذلك F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 1080، صفحة 817 و صفحة 818.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 334، صفحة 300.

(3) انظر بهذا المعنى Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه، الجزء IV، الفقرة 313، التعليق 18.

الأموال بين الزوجين، قد فرض بصورة إيجابية حتى بالنسبة إلى أنواع العدول⁽¹⁾. وقد أخذت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 14 آذار 1984⁽²⁾، صراحة بممارسة الدعوى البولائية ضد عدول عن دعوى تخفيض هبة كانت لتحلل كعمل مجاني نصلح الغير.

481 - تعود الصعوبة الأساسية إلى تعريف النش البولائي⁽³⁾.

يتطلب النش، بصورة عامة، لتسوية العقوبة، «ارتكاب الذنب في عدم مراعاة الخلقة القانونية (...)»، فالنش كائن عند ملتقى الخلقة والحق⁽⁴⁾. ونية النش عنصر ذاتي ضروري لمعاقبة النش. ويمكن تعريفها بأنها إرادة التملص من تطبيق قاعدة إلزامية، إلا أنه تبقى معرفة أي شروط تعتبر هذه النية قائمة.

وتطرح مسألة النش بصورة عامة⁽⁵⁾. فقد أفسحت في المجال لنقاش تقليدي، في مادة الدعوى البولائية حيث لها خاصية سبق أن بينها العميد Jossierand⁽⁶⁾.

وبالفعل يمكن فهم غش المدين بطريقتين مختلفتين. يمكن أن يفرض أن يكون هدفه الإضرار بالذاتين بالتصرف الذي يشكل عقبة أمام تحصيل ديونهم⁽⁷⁾، ويمكن كذلك الاكتفاء بمعرفة المدين وحده بالضرر الذي سببه للذاتين بجعل نفسه معسراً أو بزيادة عسره.

أما الاختيار بين التعريفين المقترحين فالمؤلفون منقسمون حوله. ويبدو أن بعضهم يتطلب نية الإضرار⁽⁸⁾، وآخرون يقبلون أن مجرد المعرفة يكفي في الحالات كافة⁽⁹⁾.

- (1) انظر بهذا المعنى F.TERRÉ, Ph.SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 1078، صفحة 815 و صفحة 816، النص والتعليق 1. B.STARCK، المرجع عنه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف R.BOYER et H.ROLAND، رقم 599، صفحة 339، و صفحة 340، G.MARTY، P.RAYNAUD et Ph.JESTAZ، المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 178، صفحة 163. - G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عنه، الجزء II، صفحة 530، رقم 1412. - M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عنه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 261، رقم 931.
- (2) مجلة نصير العدل، 1985، صفحة 17، تعليق A.PLANQUEEL. إضافة إلى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 تشرين الثاني 1984، النشرة المدنية، I، رقم 288، صفحة 254 مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، IV، صفحة 19.
- (3) J.CHESTIN، La fraude paulienne، in Mélanges dédiés à Gabriel Marty، صفحة 569 وما يليها.
- (4) انظر L.JOSSERAND، Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé، 1928، رقم 189، صفحة 232 و صفحة 233.
- (5) انظر المدخل العام، رقم 751 و رقم 752، والمؤلفين المستشهد بهم وكذلك الاجتهاد.
- (6) المرجع عنه، رقم 191، صفحة 238 وما يليها.
- (7) يبدو من الإلزام في أي حال فرض هذا الهدف وحده كما بين بعض الأحكام.
- (8) انظر بصورة خاصة G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عنه، الجزء II، صفحة 529، رقم 1411. - F.TERRÉ, Ph.SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، صفحة 817، رقم 1079.
- (9) انظر A.COLIN et H.CAPITANT، المرجع عنه، الجزء II، رقم 441. - E. GAUDEMET، Théorie

ثمة توافق يقترح أحياناً على صعيد البيئة⁽¹⁾، وتكون نية الإضرار ضرورية. بيد أن الدليل المباشر أن يكون مطلوباً، أنه يستتج طبيعياً من مجرد معرفة الضرر المسبب للدائن. على أن هذه القرينة تسقط أمام إثبات دافع مشروع⁽²⁾.

482 - تكوين الحقوق التي هي في تنازع مع الحقوق التي يملكها الدائن على المال المعني.

يبدو منطقياً، في أول الأمر، استبعاد الفرضيات التي تطبق فيها المادة 1167 لمعاقبة تكوين الحقوق التي تكون في تنازع مع الحقوق التي يملكها الدائن على المال المعني وليس مفاضة عمر المدين. ورغش المدين، في ما يتعلق بانتهاك حق في دين خاص على ذمة المدين المالية، ليس ضرورياً⁽³⁾. ويكفي أن يكون الغير المتواطئ في هذا الانتهاك على علم بالدين السابق ليكون مسؤولاً على أساس المادة 1382 من القانون المدني⁽⁴⁾.

483 - يكفي مجرد معرفة الضرر المسبب للدائن، حسب الاجتهاد الأحادي، لتمييز الغش البوليفي.

بين بعض أحكام محكمة النقض لمدة طويلة نية الإضرار وبعضها الآخر معرفة الضرر المسبب وحدها⁽⁵⁾. بيد أنه يمكن أن نلاحظ أن محكمة النقض، بصورة عامة⁽⁶⁾، لا تنقص

■ générale des obligations، منشورات Sirey، 1937، صفحة 409. أخف إلى ذلك، حول بناء التحليل على الاجتهاد، B.STARCK، المرجع عنه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف L.BOYER et H.ROLAND، رقم 598، صفحة 339.

(1) F.TERRÉ، Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عنه.

(2) انظر J.OSSERAND، المرجع عنه - انظر أيضاً الصيغ المدنية لـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عنه، الجزء III، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 260، رقم 930.

(3) انظر مع ذلك حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، II، 1942، 1809، تعليق E.BECQUÉ - حكم غرفة المرافض، 12 كانون الثاني 1926، Sirey، 1926، 1، صفحة 183، بيان نية الإضرار. انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 حزيران 1963، Dalloz-Sirey، 1968، صفحة 116، تعليق Cl.LOMBLOIS، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1973، النشرة المدنية III، صفحة 222، رقم 306 الذي أبرز مجرد معرفة الضرر مع التحديد أن الضرر كان «مقبولاً لإرادياً».

(4) انظر بهذا المعنى الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تموز 1975، مجلة قصر العدل، 2، صفحة 781، تعليق A.PLANQUEL - 22 آذار 1968، Dalloz 1968، صفحة 912، تعليق J.MAZEAUD، مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، II، 15587، تعليق A.PLANQUEL أيضاً حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 حزيران 1963 المذكور سابقاً الذي ثبت من تواطر غش، وحكم الغرفة المدنية الثالثة، 3 أيار 1973 المذكور سابقاً الذي بين أن الغير اشترك في الغش بأعمال شخصية.

(5) انظر J.VIDAL، Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français، أطروحة في تولوز، 1957، مقدمة G.MARTY، صفحة 133، النص المستشهد به وكذلك الاجتهاد في التعليقات 2 إلى 7 والصفحة 135، التعليق 3.

(6) انظر مع ذلك الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 آذار 1969، Dalloz، 69، 1، صفحة 200 في شأن الدفع، وقد نفى حكماً قبل الدعوى البوليفانية بالنسبة من معرفة عمر المدين بالضرر المسبب للدائن.

الأحكام التي قبلت الدعوى البوليانية بالاكْتفاء بالتثبت من معرفة المدين الضرر المسبب للدائنين. والحال أن مجرد بيان وجود نية الإضرار لا يستدعي بالضرورة أن هذه النية مفروضة، وأن مجرد المعرفة المفترضة بالأحرى ليس كافياً. وقد كرمست محكمة النقض منذ عام 1979، تدريجاً، حتى عن طريق أحكام نقض، المبدأ الذي بمقتضاه يكفي مجرد معرفة الضرر المسبب للدائنين لتمييز الغش البولاني. على أنه ينبغي التفرقة حسيماً يكون الأمر متعلقاً بعمل مجاني أو بعوض.

أ - الأعمال المجانية

484 - تفترق هذه الأعمال عن أعمال المعاوضة بدرجة أقل اليوم بالنسبة إلى غش المدين عما يتعلق بموقف الغير المستفيد.

485 - غش المدين.

إن مجرد معرفة الضرر المسبب للدائنين كان بالنسبة إلى بعض المؤلفين، في شأن الأعمال المجانية، كافياً. وفي ما يتعلق بأعمال المعاوضة كانت تكفي نية التسبب بالضرر⁽¹⁾. وإذا كان الاقتراح الثاني، كما سنرى، في أونة صحيحة جزئياً، لا يعبر اليوم عن الحق الإيجابي، فإن الاقتراح الأول، بالمقابل، كرسه الاجتهاد المستقر.

وقد طرحت الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، في حكم صدر عنها في 13 آذار 1973⁽²⁾ بالشكل الأكثر وضوحاً، المبدأ التالي: «من حيث أن الغش المنصوص عليه في المادة 1167 من القانون المدني، على عكس ما يتمسك به الطعن، يتبع عن معرفة المدين بالضرر الذي سببه للدائنين وحدها يجعل نفسه معسراً أو بزيادة عسره».

إن عمومية المبدأ المطروح يمكن أن تحمل على التفكير في أنه بت بالجدال القديم. بيد أن الأمر يتعلق في الحالة الراهنة بعمل مجاني. لا شك في أن الحكم لا يتضمن في هذا الشأن أي تحفظ مما يتيح التفكير في أن التعريف المعطى كان له مدى عام. غير أنه على العكس إذا كانت محكمة النقض قد حددت القاعدة المطروحة بالأعمال المجانية، فإن ذلك يغري المعلقين على الاستنتاج من ذلك، بالاستدلال بالضد، أن نية الإضرار كانت مطلوبة بالنسبة إلى أعمال المعاوضة. ومحكمة النقض لم تحدد شيئاً بدقة، أنها احتفظت تجاه الدائنين بحريتها في التفسير حسب سياسة اعتادت اعتمادها⁽³⁾.

إن الحل، في أي حال، بالنسبة إلى الأعمال المجانية، مستقر⁽⁴⁾.

(1) انظر Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع فيه، الجزء IV، الفقرة 313، النص والتعليق 18.

(2) مصف الاجتهادات الدوري، 1974، الطبعة G، II، 17782، تعليق J.GHESTIN.

(3) انظر المدخل العام، رقم 458، صفحة 410 وما يليها.

(4) انظر بهذا المعنى بصورة خاصة، حكم الفرقة التجارية في محكمة النقض، 20 حزيران 1968، التشارة المدنية، IV، رقم 204، صفحة 185. - النقض المدني، 26 تشرين الأول 1942، 1943 القانون الإداري، صفحة 18.

وطرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض أيضاً، في 14 آذار 1984⁽¹⁾، بالنسبة إلى عدول لتحلل كعمل مجاني، من حيث المبدأ، أن «العنصر القسدي لفتش البوليفاني [يتج] عن مجرد معرفة المدين بالضرر المسبب للدائن بالعمل المنازع فيه»، وبينت أن «الحكم الذي أخذ بأن السيدة Leredu، في تاريخ العمل المعطون فيه المثقل بالديون لزوجها الذي كفلته وأمام مخاطر الملاحقة التي تعرض لها، كانت على معرفة تامة بالضرر الذي سببته للدائن بعودها عن تخفيض الهبة، تمكن من الاستنتاج من ذلك وجود الغش».

واستنتجت الغرفة نفسها، في 13 نيسان 1988⁽²⁾، بالنسبة إلى هبة لأولاد المدين من أن هذا الأخير «لم يكن يجهل أن الوضع المثقل جداً» للشركة المدنية التي اختلس أموالها «لم يكن يسمح باسترداد الأموال المدفوعة (...)»، والمعرفة التي كانت لدى هذا المدين بتسبب ضرر الدائن بإفكار ذمته المالية مما تميز هكذا الغش البوليفاني».

486 - الغير المتفيد.

في حين أن غش الغير المدعى عليه، بالنسبة إلى أعمال المعاوضة، في الدعوى البوليفانية، يجب إثباته، فإن هذا التطلب ينبغي استبعاده، تقليدياً، بالنسبة إلى الأعمال المجانية⁽³⁾.

(1) مجلة قصر العدل، 1985، 1، صفحة 17، تعليق A. PLANCQUEEL. انظر بالمعنى عينه، حكم محكمة استئناف باريس، 16 كانون الثاني 1986، مجلة قصر العدل، 1986، 1، صفحة 210 من الموجز.

(2) الشرة المدنية، 1، رقم 91، صفحة 61 - إضافة إلى محكمة استئناف فرنسا، 30 نيسان 1990، (Dalloz 1990 Sirey، صفحة 165 من التقرير)، التي، بعد أن ذكرت بهذا المبدأ، لاحظت، لرفض اعتبار الهبة التي قام بها المدين لابنته غشية، أن هذه المعرفة، إذا لم تكن تستدعي أن يكون الدين مستحقاً بتاريخ العمل، فإنها تستوجب على الأهل وهي درجة كبيرة بحيث يمكن تقديرها عندما يكون العمل المنازع فيه تصرفاً بالملك، بالنسبة إلى إنقاص رهن الدائن تجاه أهمية الدين. قارن بحكم محكمة استئناف ويوم، 11 شباط 1988 (مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة G، IV، صفحة 186)، الذي تسلك، بطريقة متنازع فيها إلى حد كبير، ومناقضة في أي حال لاجتهاد محكمة النقض، بأن المدين، في فترة شتاً فيها ضريبة على الثروات الضخمة، كانت له مصلحة بذهبية في نقل قسم من عقاراته إلى أولاده عن طريق الهبة، بحيث لا يمكن الاستنتاج من ذلك بيقين نية الإضرار بغالبيتها. ويشعر هذا الحكم تماماً التفتيد المهم لممارسة الدعوى البوليفانية التي يمكن استنتاجها من تطلب نية الإضرار.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 أيار 1978، الشرة المدنية، IV، رقم 138 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول تموز 1965، الشرة المدنية، I، رقم 213، صفحة 181، النقض المدني، 26 تشرين الأول 1942، القانون الإداري 1943، 1، صفحة 18 - كانون الأول 1893، Dalloz 194، 1، صفحة 263، Sirey 196، 1، صفحة 134 - حكم غرفة القراءات، 21 أيار 1989، Sirey 89، 1، صفحة 358، تقرير DEMANGEAT، 7 شباط 1887، D. 87، 1، صفحة 401 - 11 تشرين الثاني 1878، Sirey 80، 1، صفحة 58 - 2 كانون الثاني 1843، Sirey 43، 1، صفحة 114 - 30 تموز 1839، Dalloz 40، 1، صفحة 17، Sirey 40، 1، صفحة 227. إضافة إلى حكم محكمة استئناف فرنسا، 26 آذار 1987، مجلة قصر العدل، 1987، 2، صفحة 395 من الموجز - حكم الغرفة المدنية الأولى، 19 كانون الثاني 1977، الشرة المدنية، I، رقم 34، صفحة 26، بالنسبة إلى هبة غير مباشرة.

وطرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 23 نيسان 1981⁽¹⁾ من حيث المبدأ، في حكم نقض لانتهاك المادة 1167 من القانون المدني، «أنه يتج عن هذا النص أن الدعوى البولائية، عندما تنزع إلى الرجوع عن عمل وافق عليه المدين بصفة مجانية، ليست خاضعة لإثبات تواطؤ الغير في الغش الذي ارتكبه المدين». أن الحكم الذي جرى نقضه اعتقد وجوب إستبعاد الدعوى البولائية إذ لاحظ أن «الإثبات لم يدل على أن المستفيد من الهبات (...) كان على علم بالتسبب بضرر دائن كان يجهل وجوده».

ولاحظت الغرفة المدنية الأولى نفسها، في 14 آذار 1984⁽²⁾، «أن قضاة الأساس إذ حدّدوا أن المدول يتحمل كعمل مجاني لمصلحة السيدة Zettelnauer، كان يكفي أن يتم إثبات معرفة السيدة Leredu الغش المرتكب على حساب السيد Greuz».

وجرى تسويق هذا التفریق بتقدير المصالح المتأرجحة. أن غش المدين يسبب ضرراً للدائن. وإذا كان الغير قد اكتسب ملكية المال بعوض، فإن المدول يوصل إلى أن يتحمل هذا الضرر مكان الدائن، ذلك بأن مراجعته ضد المدين المعسر طبعياً تكون بلا فعالية. ولا يبدو هذا الحل مقبولاً إلا أن يكون الغير قد شارك في الغش. وبالمقابل عندما يكتسب ملكية المال مجاناً فإنه لا يتحمل أي خسارة وإنما مجرد ربح فاقته، ومن المفهوم أن مصالح المدين مفضلة لديه حتى ولو لم يكن الغير قد شارك في الغش. والحل التقليدي كرسه أيضاً الأحكام الخاصة بالإجراءات الجماعية.

غير أنه يصعب التوفيق بينه وبين تطبيق قواعد المسؤولية المدنية التي ينزع فيها اليوم إلى أن تمتنعها الدعوى البولائية⁽³⁾. وعندما لا يكون المستفيد قد ارتكب أي خطأ لا يمكن أن يتعلق الأمر إلا بمسؤولية بلا خطأ يصعب تسويقها⁽⁴⁾.

ويكون الحل أكثر انسجاماً مع اللائحية المبينة على الغش الذي يشوب العمل المطعون فيه⁽⁵⁾. بيد أنه ينبغي على مكتسب الملكية الثاني بعوض أن يتحمل مقعول إبطال الدعوى البولائية رغباً عن حسن نيته تطبيقاً لقاعدة لا يمكن أن ينقل أحد ملكية مال لا يعود

(1) النشرة المدنية، آ، رقم 130، صفحة 109 Dallon-Sirey 1981، صفحة 385 المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 144، ملاحظة F.CHABAS.

(2) مجلة قصر العدل، 1985، 1، صفحة 17، تعليق A.PLANQUEL.

(3) انظر H. SINAY، Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1948، صفحة 183. إضافة إلى J.VIDAL، الأطروحة السابقة، صفحة 133 وما يليها.

(4) انظر مع ذلك H.SINAY، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 192، رقم 19 الذي يستند، بدون إقناع في الحقيقة، إلى مسؤولية المخاطر المبينة على فعل الشيء بسبب وجودها وحسب في ذمة الغير المالية الذي اكتسب الملكية. أضف إلى ذلك H.L. et J.MAZEUD et F.CHABAS، المرجع عنه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1082، رقم 1002، استبعاد وصف دعوى المسؤولية لهذا السبب.

(5) G.MARTY، P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 179، صفحة 164.

إليه. ويبدو من الصعب على وجه الخصوص وجود أساسين للدعوى البوليانية حسب ما يكون العمل المطعون فيه مجاناً أو بعوض. والحال أنه لا يمكن أن يُفهم لماذا يكون خطأ كهذا مفروضاً بالنسبة إلى أعمال المعاوضة عندما لا تستدعي اللائحة التي تعاقب الخطأ أي خطأ الغير المدعى عليه في الدعوى البوليانية.

ويبدو أخيراً من الأفضل قبول أن قواعد المسؤولية المدنية يقتضي اعتبارها مع الأخذ في الحسبان المصالح الراهنة. يبقى أن المسؤولية بلا خطأ، في مجال كهذا، قابلة للتسوية بصعوبة.

487 - من الضروري، مع الأخذ في الحسبان النظام الخاص للأعمال المجانية، وصف هذه الأعمال.

كان يمكن أن يقود أساس التفريق إلى مفهوم واسع «للصفة المجانية». وينبغي بصفة خاصة أن يسوّغ اختلال توازن هام بين قيمة المال المتصرف به والمقابل الذي يدفعه الغير تطبيق نظام الأعمال المجانية، باعتبار أن ضرر الغير هو بالتالي أضعف من الضرر الذي يتحمله الدائن. وفي الواقع يقبل الاجتهاد على العكس مفهوماً ضيقاً. وهكذا يُعتبر تكوين البائنة، رغمًا عن انتقادات قسم من الفقه وبعض أحكام محكمة الاستئناف المخالفة، في اجتهاد حازم جداً، عمل معاوضة معدلاً «لتسهيل القيام بالموجبات المالية التي ترمي بثقلها على الزوجين»، بالنسبة إلى الرابطة الزوجية⁽¹⁾. كما أن الأعباء المقترنة ببعض الهيئات يمكن أن تجعل منها أعمال معاوضة بالنسبة إلى الدعوى البوليانية بالاستقلال عن شكلها أو نية الواهب⁽²⁾. والقسمة التي تخفي هبة تخضع بالأحرى لنظام الأعمال المجانية⁽³⁾. ويبدو بالمقابل أن تسديد موجب طبيعي خاضع لنظام الأعمال المجانية⁽⁴⁾.

ب - أعمال المعاوضة (أو الأعمال بعوض).

488 - تطوّر الاجتهاد.

يبين محكمة النقض، لتمييز غش المدين، ثارة نية الإضرار⁽⁵⁾ وطوراً مجرد معرفة الضرر

(1) حكم غرفة العرائض، 16 تشرين الثاني 1910، Dalloz الدوري 1911، 1، صفحة 500. - النقض المدني 18 كانون الأول 1895، Dalloz 98، 1، صفحة 193، تعليق LSARRUT. - 18 كانون الثاني 1867، Dalloz 87، صفحة 255، Sirey 87، 1، صفحة 67، تعليق J.-E. LABBE. - حكم غرفة العرائض، 18 تشرين الثاني 1861، Dalloz 62، 1، صفحة 297.

(2) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 نيسان 1972، النشرة المدنية، I، رقم 109، صفحة 88.

(3) محكمة استئناف باريس، 21 آذار Dalloz-Sirey 1984، 1986، صفحة 131، تعليق G.POTRON.

(4) انظر للنظرية العامة، Ci.COLOMBET، De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 15 وما يليها.

(5) انظر بصورة خاصة حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1846، مصنف الاجتهادات =

المسبب للدائنين⁽¹⁾. بالتالي، ليس هنا ثمة حل عام كما بالنسبة إلى الأعمال المجانية.

على أن الاجتهاد الأحدث يطرح من حيث المبدأ أن مجرد معرفة المدين يكفي لإجادة الدعوى البولائية.

إن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 17 تشرين الأول 1979⁽²⁾، طرحت من حيث المبدأ «أن الغش بمعنى» المادة 1167 من القانون المدني، «ينجم عن معرفة المدين الضرر الذي يسببه للدائن بجعل نفسه معسراً أو بزيادة إعساره». إنه استنساخ للصيغة التي سبق أن أوردتها الغرفة ذاتها في 13 آذار 1973 بالنسبة إلى عمل مجاني. غير أن هذه المادة طُبقت هذه المرة بدون التباس على عمل معاوضة، أي بيع المدينين صهرهم جميع أملاكهم، في حكم نقض لانتهاك المادة 1167 من القانون المدني لحكم استبعاد الدعوى البولائية بحجة أن الدائن «لم يقدم البتة على الغش الذي ارتكبه مدينوه أي نيتهم في الإضرار بإبرام هذا العقد». وكما سبق أن لوحظ لا شك في أن «ظروف القضية (...) كانت ملائمة لإدراك مرن للغش البولائي»⁽³⁾. وكان بيع رقة ملك جميع عقارات المدين معقبة بالطبع لتشكّل عقبة أمام الضمان الذي تمثله هذه العقارات. والحل يفرض نفسه وإلا كان ثمة قبول بتجاوزات ماهرة أكثر من اللازم بحيث أنها غير شريفة. والمبدأ المطروح له المدى العام عينه وليس محدوداً بأعمال المعاوضة.

ونقضت الغرفة المدنية الأولى نفسها بصورة أوضح، في 29 أيار 1985⁽⁴⁾، حكماً استناداً إلى المادة 1167 وأكدت «أن الغش البولائي لا يستدعي بالضرورة نية الإضرار، وأنه ينتج عن مجرد معرفة أن المدين وشريكه في التعاقد يعرض أضراً بالدائن بالعمل المطعون فيه».

وقد استعاد هذا المبدأ نفسه بحكم جديد في 13 كانون الثاني 1993، في صدد إبرام عقد معاوضة دائماً⁽⁵⁾. وفي هذه القضية باع أحد الأشخاص، بعد أن كفل شخصياً تجاه

= الدوري، 1947، II، 4011 - النقض المدني، 7 أيار 1994، Dalloz، الدوري 94، 1، صفحة 505 - حكم غرفة العرائض، 20 تموز 1875، Dalloz، 76، 1، صفحة 243 - 6 أيار 1857، Dalloz، 57، 1، صفحة 299.

(1) انظر بصورة خاصة حكم غرفة العرائض، 25 حزيران 1895، Dalloz، 1895، 1، صفحة 486؛ Sirey، 1899، 1، صفحة 491 - الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 أيار 1964، III، النشرة المدنية، رقم 373، صفحة 285 - حكم الغرفة المدنية الأولى، 3 أيار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 117، صفحة 106 - 30 حزيران 1976، النشرة المدنية، I، رقم 237، صفحة 193.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 249، صفحة 198؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة G، II، 19627، ملاحظة J.GHESTIN؛ 1980، Defrénois، II، 32248، ملاحظة J.-L. AUBERT.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 249، صفحة 198؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة G، II، 19627، ملاحظة J.-L. AUBERT.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 183، صفحة 148، فهرس Defrénois، 1986، II، 33694، ملاحظة J.-L. AUBERT؛ المجلة القضائية للقانون المدني، 1986، صفحة 601، ملاحظة S.MESTRE.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 5، صفحة 14؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة G، II، 22027، ملاحظة J.GHESTIN.

شركة تحصيل ديون، خليته الشقة التي تشكل إقامتهما المشتركة واكتسبه. بفضل قرض مصرفي، قبل أن يدان بعد وقت قليل بدفع المبالغ المتوجبة تنفيذاً لتمهده ككفيل. ورفض قضاة الأساس الحكم بأن البيع، المبرم غشاً للإضراراً بالدين، كان غير محتج به تجاهه، بعد أن أخذوا، بصورة خاصة، بأن البيع كان معداً لتصفية الدين الذي تعاقد عليه في أفضل الشروط بالنسبة إلى الكفيل بالنسبة إلى مؤسسة القرض، وأن الشروط المناسبة التي تعاقد عليها لا تكفي للبرهنة على الغش للإضرار بشركة تحصيل الديون التي كان دينها قليل الأهمية. وقد جرى نقض حكمهم بحجة «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أن الغش، بمعنى المادة المعنية، ينجم عن مجرد معرفة المدين بالضرر الذي سببه للدائن بجعل نفسه ممسراً أو بزيادة عسره، انتهكت هذا النص».

489 - يجب تقديم إثبات تواطؤ الغير في أعمال المعاوضة⁽¹⁾.

ذكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 27 حزيران 1984⁽²⁾، بيان الدائن الذي يمارس الدعوى البولائية، عندما يتعلق الأمر بعمل معاوضة، عليه إثبات تواطؤ الغير مكتسب الملكية في الغش⁽³⁾. وينبغي، عندما ينقل الغير ملكية مال إلى المالك الثاني، فضلاً عن ذلك، إثبات تواطؤ مكتسب الملكية الثاني هذا، على الأقل إذا اكتسبها بعوض⁽⁴⁾. وبصورة عامة يقدر غش الغير أو خطأ الغير بالنسبة إلى غش المدين أو خطئه. بيد أنه

(1) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 نيسان 1972، النشرة المدنية، I، رقم 109، صفحة 98 - حكم غرفة المرافض، 24 أيلول 1941، مجلة نصر العدل، 1941، 2، صفحة 414 - النفق المدني، 7 تموز 1896 Dalloz، 96، 1، صفحة 519 - 18 كانون الأول 1895، Dalloz، 98، 1، صفحة 193 - 18 شباط 1887، Dalloz، الدوري 87، 1، صفحة 257 - حكم غرفة المرافض، 30 آذار 1874، 1، صفحة 264 - النفق المدني، 3 آذار 1869، Dalloz، 69، 1، صفحة 200 - حكم غرفة المرافض، 18 تشرين الثاني 1881، Dalloz، 62، 1، صفحة 267.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 211، صفحة 178.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، II، رقم 266، صفحة 150 - مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، الطبعة G، II، 21739، تعليق M.BEHAR، TOUCHAIS؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، صفحة 739، رقم 8، ملاحظة J.MESTRE - 25 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، III، رقم 25، صفحة 19 - النفق المدني، 2 شباط 1892، Dalloz، الدوري 82، 1، صفحة 49 - وكذلك B.STARCK، المراجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND و L.BOYER، رقم 603 ورقسم 604 - F.TERRÉ، Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المراجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1084، صفحة 820 وصنفه 821 - Ph. MALAURIE et L.AYNÈS، المراجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 1037، صفحة 588 - F.CHABAS et H.L. et J.MAZEAUD، المراجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، رقم 1417 - M.PLANIOL et O.RIPERT، المراجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOÜANT، صفحة 290، رقم 959. قارن P.-Y.GAUTIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، v، الدعوى البولائية (1988)، الأوامر 64 إلى 67.

يمكن أن يكون ثمة حسن نية للغير الذي عرف عسر المدين، وبشكل أوسع، الضرر الذي سببه العمل للدائن، أو خطأ مشترك حقيقي أو تواطؤ غشي بين المدين والغير. إن حلاً وسيطاً يمكن البحث عنه في معرفة غش المدين بدون رابطة صريحة بهذه المعرفة.

والحلول التي اعتمدتها محكمة النقض كانت هنا متنوعة.

فقد نزع محكمة النقض عموماً إلى إظهار تواطؤ غشي في الحالات التي كانت فيها نية المدين في الإضرار متحققة منها في الوقت عينه⁽¹⁾، بيد أن القاعدة لم تكن مطلقة⁽²⁾. فبعد أن بينت أن المدين كان على علم بعسره وبالضرر المسبب للدائنين، حلت أحياناً تواطؤ الغير في الغش المعترف بمجرد معرفة هذا العسر وهذا الضرر المسبب للدائنين⁽³⁾. غير أنها في حالات أخرى، بعد تعريف غش المدين، تحققت من «تواطؤ غشي» مع الغير⁽⁴⁾.

وقد أوردت ثلاثة أحكام لمحكمة النقض جرى فيها استبعاد الرجوع عن تكوين بائنة بسبب حسن نية أحد الزوجين المستفيد، ثلاثة تعاريف مختلفة للتواطؤ على الغش. ففي الحكم الأول يجب أن يكون الزوجان قد ساهما في الغش، بيد أنه جرى التحقق في الواقع من أن أحدهما كان يجهل عسر المدين⁽⁵⁾. وفي الثاني كانت ثمة تواطؤ غشي كان مفروضاً⁽⁶⁾. وفي الحكم الثالث أعيراً كانت معرفة حالة التوقف عن الدفع من قبل المدين كافية⁽⁷⁾.

وكانت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض⁽⁸⁾، كما رأينا، قد طرحت بصورة واضحة جداً من حيث المبدأ «أن الغش البولائي لا يستوجب بالضرورة نية الإضرار، وأنه ينجم عن مجرد معرفة المدين وشريكه في التعاقد بعوض الضرر الذي سببه العمل المتنازع فيه للدائن». والتعريف عينه للعنصر القسدي للغش البولائي يؤخذ به بالنسبة إلى المدين وإلى الغير الذي تواطأ معه.

(1) انظر بصورة خاصة، 12 كانون الثاني 1926، Sirey 1926، 1، صفحة 183. - حكم غرفة المرافض، 20 تموز 1875، D. 76، 1، صفحة 243.

(2) انظر حكم غرفة المرافض، 6 أيار 1857، Dallax 57، 1، صفحة 299، الذي ثبت من «مخطئة» المدين للغش بغير الدائن وإنما عرّف التواطؤ في الغش بأنه «معرفة الغير بعسر المدين وبالتالي بالضرر الناجم عنه بالنسبة إلى الدائنين». أضف إلى ذلك، حكم غرفة المرافض في 18 تشرين الثاني 1946 المذكور سابقاً الذي بين فقط أن الغير لم يكن من الممكن أن يجهل وضع المدين الذي عمل بهدف الغش للإضرار بحقوق دائنيه.

(3) انظر حكم غرفة المرافض في 25 حزيران 1895، Sirey 99، 1، صفحة 491.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 أيار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 117، صفحة 106.

(5) حكم غرفة المرافض في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1861، المشار إليه سابقاً.

(6) الغش المدني، 18 كانون الثاني 1887، المذكور سابقاً.

(7) الغش المدني، 18 كانون الأول 1895، المذكور سابقاً.

(8) النشرة المدنية، I، رقم 163، صفحة 148، Defrénais 1886، ألبند 33694، صفحة 385، ملاحظة J.-

L.AUBERT، المحلّة الفصلية للقانون المدني، 1886، صفحة 601، ملاحظة J.MESTRE.

490 - لم يعد الاجتهاد يتطلب نية الإضرار بالدائن عندما يكون العمل سابقاً لاستحقاق الدين.

تطور اجتهاد محكمة النقض بصورة مهمة منذ بضع سنوات. وكان في زمن أول ينزع إلى تطلب نية الإضرار والتواطؤ الغشفي في هذا الوضع.

وكانت دعوى الإبطال مستعجلة عندما لم يكن الدين، مع أن الوقائع كانت سابقة للعمل المنازع فيه، متوقفاً بما فيه الكفاية ليكون حاجس وضع عقبة أمام تحصيله من الممكن اعتباره هدف الغش الذي يتابعه المدين⁽¹⁾.

وكانت نية الإضرار يتم التحقق منها بمنهجية عندما يتم العمل المطعون فيه قبل أن يصبح الدين أكيداً ومعين المقدار ومستحقاً غير أنه سبق أن كان موجوداً في مبدئه. وكان الرجوع مقبولاً لأن «الغش كان منظماً لحرمان الدائن السابق»⁽²⁾. ولاحظت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 16 حزيران 1981⁽³⁾، أيضاً «أن حكم 10 آب 1976 إذا كان قد صفى الدين المستند إليه، فإن هذا الدين كان قد نشأ، في مبدئه، عن تصرفات جرمية يعرض عن نتائجها الضارة»، وأضافت «أن المصرف، إذ لم تكن هناك معارضة بأن هذه التصرفات سابقة لعمل القسمة، كان مقبولاً للطعن في هذا العمل بإثبات نية المدين في الإضرار به».

وبينت محكمة النقض، بالموازاة، بالنسبة إلى الغير المدعى عليه في الدعوى الويلانية، بدون إبراز التواطؤ الغشفي، إن العمل المطعون فيه لم تكن فيه أي مصلحة للغير، مما يبدو تماماً أنه لم يكن ثمة هدف بالنسبة إليه سوى التملص من حقوق الدائن⁽⁴⁾.

(1) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 تشرين الثاني 1966، النشرة المدنية، III، رقم 484، صفحة 1370؛ المجلدات الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 562، ملاحظة Y.LOUSSOUARN - حكم غرفة العرائض، 6 آذار 1946، Dalloz، 1946، صفحة 240.

(2) حكم غرفة العرائض، 5 تشرين الثاني 1939، مصنف الاجتهادات الدوري، II، 1252، تعليق R.D. - 25 حزيران 1935، Dalloz الأسبوعي 1935، صفحة 474. - 12 تشرين الثاني 1872، Dalloz، 72، 1، صفحة 78. - 15 شباط 1967، النشرة المدنية، I، رقم 66، صفحة 49. - حكم الغرفة المدنية الثالثة، 27 حزيران 1972، النشرة المدنية، III، رقم 420، صفحة 305؛ المجلدات الفصلية للقانون المدني، 1973، صفحة 771، ملاحظة Y.LOUSSOUARN. - يتعلق الاستشهاد إلا بحكمين يبينان، في هذه الفرضية بمجرد معرفة الضرر المسبب للدائن المستقبلي: حكم الغرفة التجارية، 26 حزيران 1968 (النشرة المدنية، IV، رقم 204، صفحة 185)، وحكم الغرفة المدنية الثالثة 4 نيسان 1973 (النشرة المدنية، III، رقم 268، صفحة 187). أيضاً، يتعلق الأمر بعمل مجاني مما يكفي لتسريح الحل، أما الثاني فلم يعر بتبشير مبدئي بخلاف الأحكام المذكورة سابقاً.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 212، صفحة 174، Dalloz، 1982، صفحة 131 من التقرير، ملاحظة M.VASSEUR.

(4) الغرفة المدنية الأولى، 15 شباط 1967، Dalloz، 1967، صفحة 81 من الموجز - الغرفة المدنية الثالثة، 27 حزيران 1972، النشرة المدنية، III، رقم 420، صفحة 305. وكذلك الغرفة المدنية الثالثة، 4 نيسان 1973، الحكم المذكور سابقاً الذي يبين فقط أن الغير كان متواطئاً في الغش، بعد تعريف هذا الغش بأنه مجرد معرفة الضرر المسبب للدائن.

ولاحظ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 26 أيار 1983⁽¹⁾، أيضاً «أن محكمة الاستئناف (...)، إذ بينت أن السيد Guenzi الذي كان على علم بالوضع الصعب عندما أعطى الهيئتين قد أفقر نفسه إرادياً، استنتجت أن هذا الإفقار كان هدفاً غشياً ذاتيه المستقبلين الذين كان يوجد لمصلحتهم في آونة الأعمال المنازع فيها مبدأ أكيد للذين كان يعرفه المدين»، لكي يستتبع من ذلك، «أن محكمة الاستئناف سَوَّغت، بهذه الحجج وحدها، حكمها قانوناً». «كان غش ذاتي المستقبلين» قد جرى بيانه صراحة. بيد أن الغرفة التجارية أصرت أيضاً على علم المدين بوضعه وتحققت من المبدأ الأكيد للذين. إن جعل نية الإضرار شرطاً للدعوى البوليانية بالنسبة إلى عمل مجاني مناقض لاجتهاد يبدو اليوم مكتسباً. ويكون ذلك في أي حال في تناقض مع الاجتهاد المستمر اليوم للغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض⁽²⁾.

إن جميع الأحكام الحديثة للغرفة المدنية الثالثة لا تتطلب بالفعل، حتى في غياب أقدمية دين مستحق بالنسبة إلى العمل المطعون فيه، نية الإضرار بالدائن، إلا عندما لا يكون لدى المدعي أي مبدأ دين سابق للعمل المطعون فيه.

إن الحل مقبول في أول الأمر تجاه الأعمال المجانية مما يمكن أن يبدو تطبيقاً للمبادئ الخاصة التي توسس، كما سبق أن رأينا، هذه الأعمال. إلا أن الصيغ المستعملة عامة.

وقد طرحت الغرفة المدنية الأولى، في 4 تشرين الثاني 1983⁽³⁾، بالنسبة إلى الهيئة، من حيث المبدأ، «أن الغش البوليانتي ينتج عن مجرد معرفة المدين بالضرر المسبب لدائته بالعمل المنازع فيه بالاستقلال عن تاريخ استحقاق الدين الذي هو أساس الدعوى البوليانية». ويرتكز هذا الضرر في القضية الراهنة على القيام «بتخفيض (...) إمكانيات الشركة المرشحة للانتماء، عن طريق الهيئة المنازع فيها (...)، مع العلم التام بالوضع (...) في تحصيل المبالغ الكبيرة التي ستطالب بها شخصياً عند إقفال حساب شركة «Moyse et Verne» التي كان المدين رئيسها ومديرها العام والكفيل.

وردت الغرفة عينها، في 17 كانون الثاني 1984⁽⁴⁾، دعماً يتمسك «بأن إقفال الحساب

(1) الشرة المدنية IV، رقم 151، صفحة 131.

(2) بينت الغرفة التجارية، في حكم 6 تموز 1981 (مجلة قصر العدل، 1982، 1، بانوراما، صفحة 145)، أيضاً أن المدين لا يمكن أن يكون لهدفه هدف آخر إلا تهريب العقار عن ملاحظات دائته مما هو أبعد من مجرد معرفة النسيب بضرر دائته. إلا أن هذا الحكم لم ينشر في النشرة الرسمية وبذلك هو أقل مدلولاً على أنه سابق. أنه يتعلق هو أيضاً بهبة.

(3) الشرة المدنية، I، رقم 254، صفحة 228؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 719، ملاحظة J.MESTRE.

(4) الشرة المدنية، I، رقم 16، صفحة 114؛ Dalloz-Sirey، 1984، صفحة 437، تعليق Ph.MALAURIE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 719، ملاحظة J.MESTRE.

الجاري الذي يحدد بقيتاً دين المدين المكفول لم يحصل إلا بعد الهبة المطعون فيها، وأن الحكم المطعون فيه الذي لم يتحقق من أن الغش كان منظماً سلفاً من أجل الإضرار بالدائن المستقبلي حرم قراره من الأساس القانوني بالنسبة إلى المادة 1167 من القانون المدني». واكتفت بالملاحظة «أنه من غير الضروري، ليكون بالإمكان ممارسة الدعوى البوليانة، أن يكون الدين الذي يطالب به المدعي أكيداً أو مستحقاً في أونة العمل المشوب بالغش، وأنه يكفي، كما أعلنت ذلك بصواب محكمة الدرجة الثانية، أن يكون مبدأ الدين موجوداً قبل إبرام العمل المذكور من قبل المدين».

كما حكمت، في 17 حزيران 1986⁽¹⁾، في صدد تغيير النظام الزوجي الذي توافق مع هبة مهمة لبنات المدين، «بأن الغش البوليانى يتجم عن مجرد معرفة المدين بالضرر المسبب لدائته بالعمل المتنازع فيه بالاستقلال عن تاريخ استحقاق الدين الذي يشكل أساس الدعوى البوليانة».

كما أن الغرفة نفسها أخذت، في 13 نيسان 1988⁽²⁾، بوضوح، في صدد هبات تجاه دين «أكيد في مبدئه» فقط، وإنما غير معين المقدار في أونة العمل المطعون فيه، بأن قضاة الاستئناف، بإثبات «معرفة المدين بالضرر الذي سببه للدائن بإفقاره ذمته المالي» وصفوا «الغش البوليانى».

وقد حكمت محاكم الاستئناف في الاتجاه عينه⁽³⁾.

والحل نفسه مقبول بالنسبة إلى أعمال المعارضة مما يتجزئ إثبات طابعه العام.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 29 أيار 1985⁽⁴⁾، في شأن بيع عقار، «بأن الغش البوليانى لا يستلزم بالضرورة نية الإضرار، وأنه يتج عن مجرد معرفة المدين وشريكه في التعاقد بعوض بالضرر الذي سببه العمل المتنازع فيه للدائن». ولاحظت «أن الحكم المطعون فيه رد دعوى الجبلة الألحان، من جهة أولى، بحجة أن السيد Pavlovic، حتى ولو لم يكن يجهل أن عليه ضرائب لمصلحة الضرائب الألمانية، لم يبد أي عجلة في التفاوض على بيع العقار الذي لم يكن، وهو خاضع للعلنية العقارية، سرياً وهكذا لم يثبت الغش، ومن جهة ثانية، بحجة أن شركة SCI Vector تكونت بين السيد Pavlovic وأمه وشركة Tragenir التي كان السيد Pavlovic رئيسها ومديرها العام، مما هو غير كافٍ

(1) مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، الطبعة O، II، 20816، تعليق Ph.SIMLER. من الصحيح أن الحكم يبين مع قضاة الاستئناف إرادة المدين «في حرمان دائته من قسم أساسي من ذمته المالية»، ثم يضيف السيد Simler: «أي أن نية الإضرار تمت البرهنة عليها».

(2) النشرة المدنية، I، رقم 91، صفحة 61.

(3) انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف باريس، 16 كانون الثاني 1986، مجلة نصير العدل، 1986، I، صفحة 210 من الموجز.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 163، صفحة 148، السجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 601، ملاحظة J.L.MESTRE، 1986 DeFrénois، البند 33694، صفحة 385، ملاحظة J.-LAUBERT.

لا اعتماد فرضية بموجبها لم تكن شركة Vector قد أسسها السيد Pavlovic إلا بنية الغش⁽¹⁾. ففي عرف محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أنه كان عليها فقط البحث عما إذا كان السيد Pavlovic وشركة SCI Vector كانا على علم بالضرر الناتج بالنسبة إلى مصلحة الضرائب الألمانية عن إبرام بيع 19 تشرين الأول 1976، لم تعط حكمها الأساس القانوني».

حتى أن محكمة النقض، على ما يبدو، حكمت بأن وصف عمل المعاوضة أو العمل المجاني لا يؤهله في هذه المادة.

وطرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 25 شباط 1981⁽²⁾، من حيث المبدأ، بالنسبة إلى هيئات أجراها الكفيل، «أن الغش البوليفي يتبع عن مجرد معرفة المدين بالضرر الذي سببه العمل المنازع فيه لدائته بالاستقلال عن تاريخ استحقاق الدين الذي هو أساس الدعوى البوليفانية». وأضافت أن الكفيل «أجرى الهيتين المنازع فيهما مع علمه بالوضع ويهدف تهريبهما من سلطان دائته».

إن هذا الحكم ملفت إلى درجة أن مدعية الطعن نازعت في الطابع المجاني للأعمال المptomون فيها. وأجابته محكمة النقض على ذلك «بأن محكمة الاستئناف قدرت، بسيادة أيضاً، أن Louis Laborie كان متواطئاً في الغش مع السيدة Garbani، وأن غش الغير المتعاقد بالتالي كان ثابتاً، وليس لأسباب الطعن المتعلقة بالطابع المجاني أو العوض للعمل الحاصل في 29 تموز 1974 أي مدي». ويمكن الاستنتاج من ذلك أن الحلول الصادرة بالنسبة إلى الغير المتواطئ (صراحة) وبالنسبة إلى غش المدين (ضمنياً) مطبقة سواء أكان العمل المptomون فيه مجانياً أو بموض.

491 - لا يبقى تطلب نية الإضرار بالدائن إلا عندما لا يملك المدعي أي ميداً للدائن السابق للعمل المptomون فيه.

سبق أن رأينا، بالنسبة إلى محكمة النقض، «أنه، إذا لم يكن للدائنين الذين تكون سندايم لاحقة للأعمال المptomون فيها بأنها غشية، من حيث المبدأ، الصفة تطلب الإبطال، فإن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على الحالة التي تكون فيها الوقائع التي أنشأت حق الدائن سابقة للعمل المptomون فيه والتي يكون فيها الغش منظماً لحرمان الدائن اللاحق»⁽³⁾.

(1) النشرة المدنية، 1، رقم 69، صفحة 157، مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة G، II، 19628.

(2) غرفة المرافض، 15 تشرين الثاني 1939، المذكورة سابقاً، التي أكدت الرجوع من الاعتراف بدين أعطاه أحد الأشخاص لتعقيته وقد أدب بالتموض عن نتائج حادث حصل قبل العمل المptomون فيه. انظر بالمعنى عنه حكم الغرفة المدنية الأولى، 20 كانون الأول 1976، النشرة المدنية، I، رقم 412، صفحة 321، بالنسبة إلى هبة بقسمة التركة لاحقة لحادث خطير تقع مسؤولية حل الرأب. - غرفة المرافض، 25 حزيران 1935، Dalloz الأسبوعي 1935، صفحة 474، تأكيد الرجوع عن تفرغ عن حقوق إرثية حصل لي أونة جرت فيها مقاضاة فاعلها لإببات الأبرة والعطل والضرر لفسخ وعد الزواج. - النقض المدني، 2 شباط 1952، Dalloz الدوري 52، 1، صفحة 49.

وذُكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 7 كانون الثاني 1982⁽¹⁾، بأنه، إذا كان العمل المعلق فيه يجب، من حيث المبدأ، أن يكون لاحقاً لنشوء الدين، فليس الأمر كذلك عندما يبرهن على أن الغش كان منظماً من أجل الإضرار بالمدان المستقبلي. إن الحالة لها مدلول خاص طالما أن المدين لجأ إلى الهيئة المعلقة فيها قبل قليل من تفجير عقار كانت تسكنه أسرة أعلن لها عن نيته «في المقاضاة» ثم انتحر. لم يكن في هذه القضية أي دين موجود في آونة إبرام العمل الشوب بالغش حتى ولا مبدأ دين.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى نفسها، في 4 أيار 1982⁽²⁾، بأنه «ما دام قد ثبت أن الغش كان قد نظم من أجل الإضرار بدين مستقبلي فإن إقفال الحساب الجاري الذي يحدد دين شركة CGLB لم يتم إلا بعد الهيئة المعلقة فيها قليل الأهمية». ومع أن التسوية هو هنا مصاغ بالتعابير عينها، فقد كان في هذه القضية، بخلاف القضية السابقة، «مبدأ للدين»، حسب الصيغة التي تنتمدها محكمة النقض الأكثر عمومية لكي تستبعد، في ظروف مشابهة، الاعتراض العائد إلى عدم وجود أقدمية الدين. فالحالة إذن أقل مدلولاً من السابقة.

492 - تعريف الغش البولياتي في حالة استبدال قيمة سهلة الإخفاء بمال سهل الحجز.

كانت نية حرمان الدائنين مطلوبة عندما لم يكن العمل المنازع فيه يؤدي إلى إنقاص موجودات المدين (أصوله) القابلة للحجز، بدون إفقار حقيقي له⁽³⁾. وحكمت محكمة النقض، في هذه القضية، بأنه إذا «كان الدائن يحوز الدعوى البولياتية عندما يكون للنشغ، مع أنه جرى بشمن طبيعي، مقعول إفلات مال من الملاحقات باستبدال مال آخر به سهل الإخفاء» وذلك «لأن العمل تم إنجازه بهدف الإضرار بالدائن». ويبدو أن هذا الهدف يشكل شرطاً لهذا التوسيع لمجال دعوى الإبطال⁽⁴⁾.

والاجتهاد، بالموازاة، بالنسبة إلى الغير المدعى عليه في الدعوى البولياتية، يبين التواطؤ الغشي⁽⁵⁾.

إن الحكم المذكور سابقاً والصادر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في

(1) النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 4.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 156، صفحة 139.

(3) انظر بهذا المعنى H.L. et J. MAZBAUD et P. CHABAS، المرجع عنه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 894، صفحة 1078.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 شباط 1971، Dalloz، 1972، صفحة 53، تعليق E. AGOSTINI. - 21 تشرين الثاني 1967، Dalloz، 1968، صفحة 317، تعليق LAMBERT - FAIVRE. - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 نيسان 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 412، صفحة 113. - حكم الغرفة المدنية الثالثة، 26 تشرين الثاني 1973، النشرة المدنية، III، رقم 816، صفحة 440.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 نيسان 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 112، صفحة 113. - حكم الغرفة المدنية الثالثة، 28 تشرين الثاني 1973، النشرة المدنية، III، رقم 606، صفحة 440.

17 تشرين الأول 1979⁽¹⁾، يطرح مبدأ أن مجرد معرفة الضرر المسبب للدائن كافٍ بالنسبة إلى البيع، المتنازع فيه ولا ريب تجاه الهدف المتابع «كما سبق أن رأينا» وغير متنازع فيه عندما يتم مقابل ثمن غير كاف. فهذا المبدأ طبقه إذاً هذا الحكم في فرضية حوّل فيها المدين عن طريق البيع مالاً عقارياً سهل الحجز إلى مبلغ من العملة يسهل إخفاؤه.

وقد قبلت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض نفسها، في 21 تموز 1987⁽²⁾، ممارسة الدعوى البولائية ضد تقديم عقار لمدين مصرف إلى شركة مدنية عقارية، مما يشكل، حسب نضاض الأساس، إقراراً لذمت المالية. وفي الواقع كان ثمة تحويل للذمة المالية، ليس في صالح الدائن، أكثر مما هو إقرار له. وأضافت محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، بالأخذ بأن السيد Allemand لم يترغ بأي ذمة مالية عقارية أخرى تنبئ له مواجهة المطالبات (الخصوم) إلا بصفته مديراً ولم يكن من الممكن أن يجهل ذلك، وأنه، بالتقديم الذي قام به للشركة أراد تهريب العقار المشترك من ملاحظات الدائنين، تكون قد وصفت الغش». أن الصياغات هنا أقل تميزاً من صياغات الحكم السابق. فقد جرى التحقق من إرادة تهريب العقار من الملاحظات، مما يمكن فهمه بعدم كفاية التحقق الوحيد الذي قامت به محكمة النقض في هذا الحكم من معرفة الضرر المسبب للدائن وبالاتقارب من إرادة حرمان الدائنين، وبعبارة أخرى من نية الإضرار.

ولاحظت محكمة استئناف باريس، في 21 تشرين الثاني 1988⁽³⁾، بعد أن تحققت من بيع عقار يخفي مالاً سهل الحجز مقابل عملة يسهل إخفاؤها، أن «هذا البيع الحاصل في حين أن» المدين «لم يكن يجهل وضع شركة Sable الدولية التي كان مديراً وكانت له إمكانية الاستعلام عن التعهدات من أي نوع كانت لهذه الشركة بالنسبة إلى المصرف، يشكل بلا جدال تنظيم عسره الخاص». وأضافت أن العمل المجرّم «بكونه بعبوس، من المناسب البحث عما إذا كان مكتسب الملكية الذي وجهت الدعوى ضده أيضاً قد شارك في غش البائعين». وتحققت في هذا الصدد من أن مكتسب الملكية «ليس ابن البائعين وحسب، وإنما (...) كان يحارس منذ عام 1977 وظائف مدير في الشركة؛ وبفضل هذه الظروف والطابع المائلي للشركة لم يكن من الممكن أن يجهل مدى ديون الشركة والصعوبات المالية التي تواجه والده؛ وهكذا تمت البرهنة على التواطؤ الغشّي الموجود بين الزوجين Robert Sable والزوجين Jean-Luc Sable لتنظيم عسرهم». واستنتجت من ذلك أن «تواطؤ مكتسب الملكية ثابت هكذا».

493 - المتصر القصدي للغش البولائي في المدفوعات.

سبق أن رأينا أن المدفوعات، بسبب طابعها الإلزامي، لم تكن تفسح في المجال ميدانياً

(1) انظر الرقم 488 السابق.

(2) النشرة المدنية، T، رقم 231، صفحة 169.

(3) Les petites Affiches، 24 نيسان 1989، صفحة 13، تعليق P.BOUTILLIER.

لممارسة الدعوى البولائية. ويكفي أن يكون الدين مستحقاً ليكون دفعه لا يمكن أن يتنازع فيه عادة الدائنين الآخرين.

وليس الأمر خلاف ذلك إلا أن يكون الدفع قد تم بهدف حرمان الدائنين الآخرين.

وهكذا أصدرت الغرفة المدنية في محكمة النقض في 3 آذار 1869⁽¹⁾، في هذا الشأن، حكم نقض ذلك بأن الوقائع التي يبينها قضاء الأساس لم تكن تسمح بوصف غش المدين. فالمدفوعات وتكوين التأمينات بالنسبة إلى الضرر المسبب لبعض الدائنين لممارسة حقوقهم المشروعة والحفاظ عليها لم تكن بالنسبة إلى محكمة النقض، في غياب أية الإضرار ورغماً عن معرفة عسر المدين والضرر المسبب للدائنين الآخرين، لم تكن مقبولة.

كما أن الغرفة المدنية نفسها طرحت في حكم صدر في 7 تموز 1896⁽²⁾ من حيث المبدأ «أن المدفوعات بين غير التجار التي قام بها مدين لدائنه من الضروري لكي تكون قابلة للإبطال استناداً إلى المادة 1167 من القانون المدني أن يكون بين الغريقين تواطؤ بهدف التسبب بضرر غير مشروع للدائنين الآخرين».

كما حكمت الغرفة نفسها أيضاً في حكم 17 تموز 1945⁽³⁾، بعد أن استمادت حرفياً صيغة قوارها السابق في 7 تموز 1896، بنقض في تعابير وشروط مماثلة سبق أن ضمنتها حكمها في النقض في 3 آذار 1869.

وقد لوحظ أن التحفظ الذي أورده الاجتهاد بالنسبة إلى الدعوى البولائية في مادة الدفع لا يمكن أن يكون له تطبيق عملي إلا في النادر. فالتواطؤ الغشّي المطلوب في هذه الحالة لن يكون مفهوماً ذلك بأن الدائن يتلقى دائماً ما يتوجب له لمصلحته الخاصة وليس بهدف حرمان الدائنين الآخرين. ولن يكون الأمر خلاف ذلك إلا أن يكون المدين قد دفع للدائن لأجل أو لدائن وهمي؛ بيد أن الأمر في هذه الحالة الأخيرة يتعلق بالصورية وليس بالغش البولائي⁽⁴⁾.

لا شك في أن الملاحظة صحيحة عندما يتعلق الأمر بدفع في المعنى الحصري. وبالمقابل يكون الغش معكناً بلا جدال في الإيفاء بعموض⁽⁵⁾. غير أن الإيفاء يبقى صحيحاً إذا

(1) Dalloz 69, 1، صفحة 200.

(2) Dalloz 96, 1، صفحة 519.

(3) مجلة قصر العدل، 1945، 2، صفحة 143 Stroy 1946، 1، صفحة 14. وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 46، صفحة 39، حيث جرت مماثلة دفع الهدايا من قبل زوج إلى عشيقة عن طريق شيكات على يافض أعطاه إياها زوجته بالبرعات التي لم يكن فيها سوى «نقط تعطين».

(4) انظر Y. LOUSSOUARN، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، صفحة 350، التعليق على حكم المحكمة المدنية في ليون، 12 حزيران 1969، Dalloz 1970، الصفحة 6 من الموجز.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول حزيران 1960، النشرة المدنية، III، رقم 212، صفحة 195 - غرفة المرافض، 9 أيار 1910، Dalloz 1910، 1، صفحة 482 - 3 أيار 1892، Dalloz 1894، 1، صفحة 202. 18 شباط 1878، Dalloz 1878، 1، صفحة 291. 28 تشرين الثاني 1855، Dalloz 56، 1، صفحة 319. وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني //

تصرف الفريغان بحسن نية وإذا كان الفارق بين تقويم الأموال والتمن المتفق عليه غير كافٍ لإظهار الغش⁽¹⁾. والغش عنه ممكن أيضاً في شأن الدفع الجاري عن طريق التفويض⁽²⁾. ويبدو القانون التجاري أشد قسوة. على أن حلوله ليست مختلفة بشكل أساسي عن الحلول التي اعتنقها الاجتهاد في القانون المدني، مع التحفظ، منذ إصلاح عام 1985، بأن العقوبة المحكوم بها لم تعد لأحجية العمل تجاه مجموعة الدائنين (المادتان 29 و 31 القديمتان)، وإنما بطلانه، مما يفرقهما عن الدعوى البولائية.

وتنص المادة 107، 3 و 4، من قانون 25 كانون الثاني 1985 بالبطلان الحكمي أي دفع ديون غير مستحقة أو ديون مستحقة جرت، بعد تاريخ التوقف عن الدفع، بغير «نمط الدفع المقبول في علاقات الأعمال». يضاف إلى ذلك أن المادة 108 تنص بالبطلان الاختياري بالنسبة إلى المدفوعات الأخرى المستحقة إذا كان الملتزم على علم بحالة التوقف عن الدفع. والمساواة العبدية في التقويم القضائي التي يجب أن تسود بين الدائنين تجيز البطلان الاختياري للدفع النظامي لدين مستحق. وبالمقابل لا تُقبل الدعوى البولائية في هذه الحالة إلا في الفرضية الصعبة الفهم حيث تجري المدفوعات بهدف حرمان الدائنين الآخرين. وعندما لا يكون الدين مستحقاً أو يكون الدفع قد جرى بوسائل «غير سوية» يمكن أن تمارس الدعوى البولائية، في حين أن القانون التجاري، الأكثر مراعاة للمساواة بين الدائنين، ينص على بطلان حكمي يعاقب هذه الأعمال المشتبها بها أكثر من غيرها في علاقات الأعمال⁽³⁾.

494 - خلاصات حول العنصر القسدي للغش البولائي.

لم تعد، في النهاية، نية حرمان الدائنين، بخلاف مجرد معرفة ضررهم، مفروضة إلا عندما تمارس الدعوى البولائية ضد دفع منتظم لدين مدني مستحق أو بموجب دين لم يكن موجوداً حتى في مبدئه في أونة العمل المطعون فيه⁽⁴⁾.

وبجرد معرفة الضرر الذي يصيب الدائنين هو على العكس غير كافٍ دائماً عندما يكون

= 1977، النشرة الملنية، I، رقم 34، صفحة 25، الذي يعتبر أنه يكفي إثبات معرفة المستفيد من الإيفاء الشئ المرتكب للإضرار بالدائنين الآخرين.

(1) انظر حكم غرفة العرائض، 11 أيار 1988، Dalloz، 68، 1، صفحة 456، إضافة إلى حكم غرفة العرائض، 16 نيسان 1989، Dalloz، 90، 1، صفحة 260. - 22 كانون الأول 1980، Dalloz، 81، 1، صفحة 156.

(2) انظر حكم غرفة العرائض، 24 شباط 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1942، II، 1918، تعليق E. BECQUÉ.

(3) انظر N. CATALA، La nature juridique du paiement، أطروحة في باريس، منشورات L.G. D.J.، 1961، مقدمة J. CARBONNIER، صفحة 287، رقم 200.

(4) على أن محكمة استئناف تولوز قبلت، في حكمها الصادر في 20 حزيران 1986 (Dalloz 1986)، صفحة 560، تعليق E. BLANQUEL، أن قيام المدين بزيادة مطلوباته (مخصوصه) يمكن اعتبارها غشية وتسويغ دعوى الإبطال إذا كان المدين قد تصرف بهدف الإضرار بذاته.

العمل المجزّم مجاناً. وهذا هو الحل اليوم، وبصورة أكيدة، في القانون العام في صدد الأعمال بعوض.

والحل سهل التسويغ في ما يختص بالتبرعات. فقد نظر إليها القانونيون دائماً بحذر إذ يرون في إظهارات الكرم هذه شيئاً غير مألوف⁽¹⁾. ولأنواع الكتّمان هذه قوة خاصة عندما يكون الواجب معسراً. ومن النادر قبول تقديم هدايا بمال ذاتيه. ولا يمكن نقل ذمة مالية سبق أن جرى التصرف بها في الواقع. ونقهم في هذه الظروف، بالنسبة إلى الأعمال المجانية، أن مجرد معرفة الضرر المسبب للدائنين هو كافٍ. وتقود الأسباب عينها إلى عدم تطلب تواطؤ الغير المستفيد.

على أنه يمكن أن يضاف أن العمل المجاني فضلاً عن ذلك يتجاوب بوضوح خاص مع الشرط التقليدي لإفقار المدين. وتعارض بذلك مع الفرضيات التي كانت فيها إرادة حرمان الدائنين مطلوبة لمدة طويلة. وعند وجود مجرد استبدال مال سهل الإخفاء بمال سهل حجزه، لن يكون هناك إفقار للمدين مع أن ضرر المدينين أكيد. والأمر على هذا النحو عندما يتعلق الأمر بدفع دين مستحق⁽²⁾. وعمل الإدارة في هاتين الفرضيتين في غياب إفقار المدين المعسر، الذي يمكن القيام به بحرية تامة، لا يمكن اعتباره مخطئاً إلا بسبب هدفه في حرمان الدائنين.

كما أن رقابة ذمة المدين المالية، عندما يكون العمل المعطون فيه سابقاً للمدين الذي يسوّغ دعوى الإبطال، لا يمكن أن يُقبل أو أن يؤدي إلى الرجوع عن العمل إلا أن يكون هدف هذا العمل حرمان الدائنين المستقبليين.

وفي النهاية، ومن أجل تقدير الاجتهاد الحالي، يجب على ما يبدو أن نتطرق من المبدأ الذي يحتفظ بمقتضاء المدين بحرية التصرف بذمته المالية. ولا يمكن أن تكون الأعمال القانونية التي يقوم بها في هذه الإدارة تنازعة فيها إلا أن يكون من الممكن اعتبارها خاطئة. وهذا الوصف مقبول بسهولة بمجرد تحقق موضوعي من أن المدين أفقر نفسه إرادياً في حين أنه كان يعلم أنه ليس بإمكانه إيفاء تعهداته. إن الخطأ بديهي عندما يتعلق الأمر بعمل مجاني. ويبقى هذا الخطأ يقيناً في الفرضيات جميعاً حيث يزدي العمل إلى إفقار المدين المعسر.

ومن الطبيعي عدم الذهاب أبعد من ذلك من دون الاصطدام مباشرة بالمبدأ الذي بمقتضاه يحتفظ المدين بحرية التصرف بذمته المالية.

يبد أنه يمكن، عندما يكون العمل المعني، مع كونه صحيحاً موضوعياً، عندما لا يُفقر المدين المعسر، ويكون قد تمّ من قبل هذا المدين بهدف حرمان دائنيه، الأخذ بخطأ هذا المدين الذي ليس من الممكن أن تكون لإدارته الحرة شرعاً قصدياً كهذه.

(1) انظر بصورة خاصة المادة 40 مكرر من قانون 27 كانون الأول 1973، المسمى «قانون Royer» التي تحظر الحسم بصفة مجانية للمستهلكين.

(2) أو كذلك عندما يكون ذمة مجرد زيادة في المطالبات. - انظر حكم محكمة استئناف تولوز، 20 حزيران 1966 المذكور سابقاً، الذي يقبل في هذه الحالة دعوى الإبطال إذا كان المدين قد عمل للإضرار بالدائن.

ويمكن في هذه الفرضية محاولة الكلام على التعسف في استعمال الحق في إدارة الذمة المالية. وليس في الواقع مفهوما التعسف في استعمال الحق والغش مختلفين بشكل أساسي ويتجاوبان مع اهتمام مشترك. على أن مجاليهما مختلفان، لأن التعسف في استعمال الحق يعاقب التعسف في استخدام امتيازات محددة، في حين أن الغش، وعلى وجه الخصوص الغش البوليفاني، يستهدف ممارسة حرية القيام بأعمال قانونية وبشكل أوسع إدارة الذمة المالية⁽¹⁾. ويخطئ المدّين أيضاً عندما ينظم عسره من أجل حرمان دائنيه المستقبليين. وهنا كذلك أدار ذمته المالية بشكل غير صحيح بالطبع.

وخطأ المدّين أخيراً الذي يَؤْخِ دعوى الإبطال يمكن استنتاجه طبيعياً من المعرفة الموضوعية بإفقار كان عليه الامتناع عنه طالما أنه كان على علم بعسره. أما الغير فينبغي أن يكنّي، بالمرافاة، أن يكون على علم بهذا الوضع. ولا أهمية تذكر لأن يكون قد تابع فائدته الشخصية، كما هي الأحيان، بدون السعي إلى حرمان الدائنين.

ولا يجد المدّين، في غياب إفقاره، إدارته لذمته المالية مطعوناً فيها إلا أن يكون قد تصرف بهدف حرمان دائنيه. وإلّا الأمر على هذا النحو عندما يتم العمل قبل نشوء الدين الذي يشكل أساس دعوى الإبطال، ذلك بأنه يكنّي عندئذ أن يكون الدين موجوداً في مبدئه للسماح بالدعوى البوليفانية.

وقد اقترح السيد Goubeaux حل تسوية في هذه الفرضيات المختلفة. وحسب رأيه «على المدّين المقتنع بأنه تصرف مع علمه بأنه أضرّ بذاته أن يتمكن من مواجهة دعوى الإبطال بوسيلة دفاع مستخرجة من الدافع المشروع الذي حمّله على مبادرته. وربما تكون في ذلك مناسبة إيجاد تفریق كرسه الاجتهاد يدو، كما رأى السيد Ghestin، حكيماً»⁽²⁾.

ولم تكن، حتى عام 1979، نية حرمان الدائنين، بخلاف مجرد معرفة ضررهم، مفروضة بصورة ثابتة إلا في ثلاث حالات خاصة: استبدال قيمة سهلة الإخفاء بمال يسهل حيزه؛ دفع منتظم لدينين مدّين مستحق؛ الطعن في عمل سابق لدين من مارس الدعوى البوليفانية⁽³⁾.

إن قصيدة العمل تتيح إذا تأكيد تدخل الدائنين في إدارة الذمة المالية، وجعل الأعمال التي يجب أن تكون بمنجى من أي اعتراض غير محتج بها تجاههم. ومن المسموح به اعتبار أن المدّين الذي يعرف الضرر الذي يسببه لذاته كانت لديه في الوقت عينه نية الإضرار به وحرمانه به الضمان الذي اعتمد عليه. وهذه الملاحظة يمكن أن تكنّي لتفسير التطور الحديث للاجتهاد حتى لتسويغه. بيد أنه ينبغي أن لا يمنع التهديد بالدعوى البوليفانية المتطور إليها

(1) انظر المدخل العام، رقم 701 ورقم 727.

(2) تطبيق على حكم محكمة استئناف بوا، 1981، مصنف الاجتهادات الدرري، 1982، الطبعة G، II. 19839.

(3) J.GHESTIN، La fraude paulienne، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 569 وما يليها.

بشكل واسع جداً الأفراد من إثبات وضعهم بفضل تقديم العملة الجديدة التي تم الحصول عليها ببيع الموجودات العقارية⁽¹⁾. يقتضي إذاً أن تترك لهم إمكانية إثبات أن العمل المطعون فيه، وهو ليس عمل إفقار يحصر المعنى، كانت له غاية مشروعة ولم يكن هدفه حرمان الدائنين.

أما الغير فيبدو، بالموازاة، فينبغي أن يكون قد انضم إلى هذا الهدف. وليس من الضروري من أجل ذلك أن يكون له الهدف عينه، إذ يكفي أن يكون على علم بالهدف الذي يسمي إليه المدين وأن يكون قد أسهم فيه وأن يكون الطرف الآخر في الالتزام.

الفقرة 2 - مفاعيل للدعوى البوليانية (أو آثارها)

495 - تهدف الدعوى البوليانية إلى التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن بفعل العمل الغشّي.

يرتكز التعويض الأكثر ملاءمة على محو نتائج هذا العمل. بيد أنه ليس من الضروري تقويض العمل بالنسبة إلى الجميع. يكفي أن يكون غير قابل للاحتجاج به في وجه الدائن، حتى في التدبير الضروري الوحيد للتعويض عن الضرر. للدعوى البوليانية إذاً، المحددة بالتعويض عن ضرر الدائن، مفعول نسبي.

1- التعويض عن ضرر الدائن

496 - منحدد شكل التعويض ونطاقه وحقوق الدائن المدمي تجاه دائني الغير مكتب الملكية.

أ - شكل التعويض

497 - المفعول الطبيعي للدعوى البوليانية هو لاحجية العمل الغشّي اتجاه الدائن المدمي. وليس بإمكان هذا الدائن، استثنائياً، سري الحصول على التعويض.

1) لاحجية العمل الغشّي

498 - تهدف اللّاحجية إلى التعويض عن الضرر الذي سببه العمل الغشّي للدائن. أعلنت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 3 كانون الأول 1985⁽²⁾، لتسوية

(1) J.GHESTIN، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 تشرين الأول 1979، مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة G، II، 1982.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 334، صفحة 300؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 601، رقم 8، ملاحظة J.MESTRE. انظر بالمعنى منه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول تموز 1975، النشرة المدنية، I، رقم 213، صفحة 181.

نقض لانتهاك المادة 1167، في شكل مبدأ «أنه يتبع عن هذا النص أن العمل المعترف أنه غشّي لا يبطل إلا لمصلحة الدائن ومقدار هذه المصلحة، ويبقى لصالح الشريك في التعاقد بالنسبة إلى كل ما يتجاوز مصلحة الدائن». ولاحظت «أن الحكم المطعون فيه، بعد أن تحقق من أن التنازل عن حق شائع في 18 آذار 1975 جرى غشاً للإضرار بالسيد Gauzance، الدائن، حكم ببطلانه». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النوع، بدلاً من تقرير أن هذا التنازل لا يحتج به في وجه السيد Gauzance فقط، طبقت النص المعني بشكل مغلوط».

إن التعويض عن ضرر الدائن يجب أن يكون كاملاً.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 10 أيار 1984⁽¹⁾، «بأن موضوع ممارسة الدعوى البولائية ذاته هو الرجوع عن العمل المطعون فيه بكونه اعتداء على حقوق الدائن، ولا سيما على حقه في الرهن العام على أموال مدنيه». واستنتجت من ذلك «أن قضاة الدرجة الثانية، إذ قدروا أن إرساء مزايدة المال، الذي كان المصرف دائن الرهن العقاري قد حجزه، على الغير، وضع عقبة أمام متابعة دعوى الرجوع عن إيجار المحكر الحكمي الذي التزم به، ما دام أنه بذلك منع عودة المال إلى ذمة المدين المالية، لم ينتهكوا المادة 1167 من القانون المدني».

واللأحجية، بالمقابل، محدودة بهذا التعويض. وينجم عن ذلك أن العمل لا يتم الرجوع عنه إلا مقابل المبلغ الضروري للدفع للدائن⁽²⁾.

499 - اللّاحجة لها مفعول رجعي.

تعاد الأموال التي خرجت غشاً من ذمة المدين المالية إليها ويفترض أنها لم تخرج منها على الإطلاق. فبإمكان الدائن إذًا حجزها⁽³⁾. يضاف إلى ذلك أن الرونات العقارية القضائية التي يتخذها الدائن لاحقاً للتصرف بالمال يسري مفعولها اعتباراً من تسجيلها⁽⁴⁾.

(1) الفقرة المدنية، I، رقم 150، صفحة 127.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 24 تموز 1928، Dalloz الأسبوعي 1928، صفحة 564 - حكم محكمة استئناف ليون، 27 شباط 1934، Dalloz 1934، 2، صفحة 490 - B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 613، صفحة 346 - G.MARTY، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 184، صفحة 168، و صفحة 189 - M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 293، رقم 962 - Ch.AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 313، النص والتعليق 6.

(3) النقض المدني، 7 أيار 1894، Dalloz الدوري 94، 1، صفحة 505 - حكم محكمة استئناف بـ، 17 كانون الأول 1890، Dalloz الدوري 92، 2، صفحة 18.

(4) غرفة المرافض، 11 تشرين الثاني 1878، Dalloz الدوري 80، 1، صفحة 323 - محكمة استئناف بـ، 4 آذار 1895، Dalloz الدوري 96، 2، صفحة 9.

غير أن الحقوق العينية التي يعطيها الغير الذي تصرف بالمال أو رهنه تبقى إلا أن يتم إثبات غش حائز هذا الحق على الأقل إذا اكتسب الملكية بعوض⁽¹⁾.

وذُكرت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 25 كانون الثاني 1983⁽²⁾، وبأن الدعوى البوليانية، التي لها طابع شخصي، لا يمكن أن تطال إلا فاعل الغش وشركاءه. واستنتجت من ذلك «أن شركة Onatra دائنة الرهن العقاري تجاه شركة SIGEC يجب أن تعتبر المكتسبة الثانية للملكية للأموال المرهونة، وأن الدعوى البوليانية لا يمكن أن تمتد لمفاعيلها إلى شركة Onatra إلا أن تكون هذه الشركة، كما شركة SIGEC، شريكة في الغش».

كما حكمت في 9 آذار 1994⁽³⁾، استناداً إلى المبدأ ذاته، بأن لاحجية العمل الغشبي لا يمكن أن تمتد إلى الدائن المتمتع بامتياز من مكتسب ملكية المال مباشرة، بالنظر إلى المؤسسة المصرفية التي أعطته القرض، ذلك بأن هذا القرض لم يسترد.

وهكذا نرى أن الدعوى البوليانية ليست دعوى بطلان تجعل نقل الحقوق العينية بلا فعالية في أي فرضية كانت⁽⁴⁾. إنها عقوبة الغش مما يعطيها خاصيتها.

والأاحجية عقب ممارسة الدعوى البوليانية تفتقر هنا عن الأاحجية الناجمة عن الإجراءات الجماعية التي يسوسها قانون 13 تموز 1967. ولها فعاليتها بصورة آلية ولا تتوقف على الغش الذي يرتكبه المدين أو أصحاب الحقوق بالنسبة إليه، ولا سيما مكتب الملكية الثاني. وهكذا حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 17 كانون الأول 1985⁽⁵⁾، «بأن السيدة Dominici، عقب الأاحجية تجاه مجموع الهيئات التي استغذت منها، لم تتمكن من أن تنقل إلى S.C.I. أي حق يحتج به تجاه هذا المجموع». وفارق النظام واضح اليوم بحيث أن قانون 25 كانون الثاني 1985 المتعلق بإصلاح الإجراءات الجماعية عاقب

(1) انظر بالنسبة إلى رهن عقاري، محكمة استئناف أوليان، 10 شباط 1876، Dalloz الدوري 77، 2، صفحة 113 - محكمة استئناف ليوج، 16 أيار 1938، D.C. 1941، صفحة 139.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 25، صفحة 119 مجلة قصر العدل، 1983، 2، صفحة 405، تعليق A.PIÉDELIEVRE، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 720، ملاحظة J.MESTRE. 9 آذار 1994، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة G، IV، 1225. انظر بهذا المعنى النقض المدني، 25 تشرين الأول 1993، Dalloz الدوري 94، 1، صفحة 34. محكمة استئناف باريس، 10 آب 1988، Dalloz الدوري 99، 2، صفحة 485.

(3) مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة G، II، 1225.

(4) انظر الرقم 460 السابق. وكذلك: حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 أيار 1973، النشرة المدنية، III، رقم 311، صفحة 225، الذي أظهر نزاعاً له مفعول رجعي في حالة ملفنة. كان قد بيع عقار لقاء ثمن مقابل دخل عمري. ثم باع الشاري هذا العقار لمكتب ملكية ثان. وبعد قليل أعلنت شركة كفيلة دين الشاري عن هذا التنازل غير القابل للاحتجاج به على أساس الدعوى البوليانية وسمح لها بتسجيل رهن عقاري على العقار. بيد أن الشاري الثاني لم يطلع بالدخل العمري المتوجب للمالك الأصلي، فحصل هذا الأخير على تطبيق بند الإنهاء الراصد في البيع الأول. وأخذت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بأن المفعول الرجعي لهذا الإنهاء يسقط جميع الحقوق التي اكتسبتها الشركة الكفيلة لاحقاً.

(5) Dalloz 1988، صفحة 101، تعليق F.DERRIDA.

بالبطلان الأعمال التي تتم في الفترة المشوّهة.

2) دفع التعويض

500 - يمكن أن يفرض الغير هذا الدفع أو الظروف.

بما أن اللأحجية محدودة بما هو ضروري للتعويض عن ضرر الدائن، فبإمكان الغير الاحتفاظ بالمال المتصرف به شرط إرضاء الدائن، ولا يستطيع هذا الدائن رفض الدفع⁽¹⁾. وعندما يكون إرجاع المال إلى ذمة المدين المالية مستحيلاً لأنه تلف بخطأ مكتسب الملكية، أو لأنه جرى اكتساب الملكية من مشتري ثانٍ عن حسن نية، بإمكان الدائن مطالبة الغير مكتسب الملكية بالتعويض التقدي عن ضرره.

ب - نطاق التعويض.

501 - يتوقف هذا النطاق أولاً على حسن نية الغير.

رحسن النية هذا لا يمكن أن يكون موجوداً إلا في حالة اكتساب الملكية مجاناً، ذلك بأن الدعوى البولائية تتعذر ممارستها بفعالية ضد مكتسب الملكية يعرض عن حسن نية. ولا يلزم الغير حسن النية إلا بمقدار إثرائه كما بقي في أونة ممارسة الدعوى. وهو يحتفظ بالشار والفوائد المستوفاة وله الحق باسترداد نفقاته كاملة. وإذا باع الشيء فلا يتوجب عليه إلا رد الثمن الذي تلقاه⁽²⁾.

وبالمقابل يلزم مكتسب الملكية السيئة النية برد الشار والفوائد المستوفاة. ويسأل عن فقدان الشيء ولو كان ذلك بسبب حدث فجائي. وإذا باع المال قعليه رد ثمنه أو القيمة الحالية إذا كانت تفوق الثمن⁽³⁾.

(1) F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEBQUETTE, المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1086، صفحة 822. B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثالثة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 614، صفحة 347. G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 535، رقم 1428. M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 294، رقم 983. Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 313، النص والتعليق 7 ر 41 مكرر. وعلى عكس ذلك غرفة العرائض، 25 تشرين الأول 1937، مجلة قصر العدل، 1937، 2، صفحة 893.

(2) F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEBQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1086، صفحة 821 و 822. B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثالثة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 612، صفحة 346. G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 184، صفحة 169. M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 294، رقم 982.

(3) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة المدنية الأولى، 19 نيسان 1967، 1، مجلة قصر العدل، 1967، صفحة 342، بالنسبة إلى موهوب له شريك في غش المدين وتنازل، فضلاً عن ذلك، «الغير من ملك فلتعلمي من الملاحقات».

بيد أن بإمكان الغير السبيء النية أن يتطلب أن تؤخذ في الحسبان القيمة التي قدمها مقابل المال، شرط أن تكون ما تزال موجودة في ذمة المدين المالية أو كانت نفيد دافئيه فتقص هكذا من مطلوباته. وإلا فإن الرجوع عن العمل الغشبي يتجاوز، بالفعل، التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن⁽¹⁾.

وذُكرت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 13 شباط 1990⁽²⁾، في حكم نقض وتعايير مبدئية، «بأن الغير الذي تطاله الدعوى البوليانية لا يمكنه أن يتطلب أن يؤخذ في الحسبان الثمن الذي دفعه للمدين إلا بمقدار ما يكون هذا الثمن قد أفاد الدائن المدعي».

جـ - علاقات الدائن المدعي بدائتي الغير مكتسب الملكية.

502 - يجب أن لا يتحمل المدعي في الدعوى البوليانية اشتراك دائتي مكتسب الملكية الشخصيين العائدين في الأموال التي ردها.

هذا ما حكمت به الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حكمها بتاريخ 30 تموز 1951، بعد أن بينت أن هؤلاء الدائنين ليس لهم حقوق أكثر من حقوق مورثهم على الأموال المعنية التي يجب أن تعتبر أنها غير موجودة إطلاقاً في رهنهم العام⁽³⁾.

غير أن بعض المؤلفين يأخذ بأنه إذا كان الدين ضد الغير مكتسب الملكية لا يتناول عيناً وإنما مبلغاً من المال، سواء أن يكون للغش موضوع كهذا، أو أن الاسترداد عيناً مستحيل، فإن الدائن المدعي الذي تقلص إلى دائن لمبلغ من العملة عليه أن يتحمل اشتراك الغير مكتسب الملكية⁽⁴⁾.

والأمر مختلف بالنسبة إلى الدائنين الذين اكتسبوا مجاناً ملكية حق عيني من الغير مكتسب الملكية. فوضعهم يقارن بوضع الشاري الثاني: بإمكانهم الاحتجاج بحقوقهم في وجه الدائن شرط أن يكونوا حسني النية⁽⁵⁾.

(1) غرفة المرافض، 9 حزيران 1873، Dalloz النوي 73، 1، صفحة 411 - محكمة استئناف بوا، 2 نيسان 1879، D.P. 81، 173 Dalloz، 2، صفحة 145، تعليق J.-E. LABBÉ.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 44، صفحة 29، المجلة الفعلية للقانون المدني، 1991، صفحة 116، رقم 6، ملاحظة J.MESTRE.

(3) Sirey، 1952، 1، صفحة 87.

(4) انظر F.TERRÉ، Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1087، صفحة 823. G.RIPERT et J. BOULNAGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 535، رقم 1428 - وعلى نقض ذلك H.L. et J.MAZEUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1084، رقم 1007.

(5) انظر الرقم 489 السابق، وكذلك F.TERRÉ، Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه.

II - مفعول الدعوى البوليانة للنسبي

503 - العمل الفعلي غير القابل للاحتجاج به في وجه الدائن المدعي يبقى قائماً في علاقات الغير بالمدين⁽¹⁾.

ورنتيجة ذلك أن الدائن، ما أن يدفع له، وإذا بقي ثمة فائض، عليه أن يرجع على مكتسب الملكية. يضاف إلى ذلك أن هذا الأخير بإمكانه ممارسة المراجعة ضد المدين. إلا أن مراجعة كهذه، عندما تفرض الدعوى البوليانة على المدين، يخشى أن تكون ضعيفة النطاق⁽²⁾.

إن إعادة المال إلى ذمة المدين المالية، في ما يتعلق بمجرد اللأحية، لا يمكن أن تفيد إلا الدائن الذي أقام الدعوى البوليانة والذين لا تتناولهم ملاحظاته. فهم لا يتحملون إذًا مشاركة الدائنين الآخرين⁽³⁾. وعرفت محكمة النقض، رغمًا عن تردد قضاء الأساس⁽⁴⁾، كيف تؤكد هذا المبدأ غير مرة⁽⁵⁾.

ونفترق الدعوى البوليانة هنا عن الدعوى غير المباشرة (action oblique) التي ليست

(1) انظر المادة 788، الفقرة 2، من القانون المدني في صدد إلغاء الغش عن إرث. وكذلك النقض المدني، 7 أيار 1884 (التعليق)، Dalloz 94، 1، صفحة 505 Sirey 98، 1، صفحة 510 - محكمة استئناف باريس، 24 تموز 1928، Dalloz الأسبوعي 1928، صفحة 564.

(2) غرفة العرائض، 2 أيار 1889، Dalloz 1900، 1، صفحة 217. انظر حول أساس هذه المراجعة: الحلول لصالح من دفع دين الغير أو ضمان نزع اليد، Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه، الجزء IV، الفقرة 313، التعليق 38 وما يليه - G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عنه، الجزء II، صفحة 536، رقم 1434 - G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 185، صفحة 169، التعليق 3.

(3) انظر بهذا المعنى F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 1087، صفحة 823 - A. SÉRIAUX، المرجع عنه، رقم 223، صفحة 680 - A. BÉNABENT، المرجع عنه، الطبعة الثالثة، رقم 641، صفحة 361 - G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 169 و صفحة 170، رقم 186 - G. MARTY et J. BOULANGER، المرجع عنه، الجزء II، صفحة 535، رقم 1431 - M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، صفحة 296، رقم 965 - Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه، الجزء IV، الطبعة الخامسة، الفقرة 313، صفحة 235.

(4) انظر في اتجاه مفعول عام أو مطلق بصورة أقل: حكم محكمة استئناف تولوز 30 كانون الأول 1884، Sirey 86، 2، صفحة 93 - حكم محكمة استئناف بوردو، 18 تموز 1892، Sirey 93، 2، صفحة 210 وفي الاتجاه، عنه للمفعول النسبي: حكم محكمة استئناف پرايتيه، 16 كانون الثاني 1892، Dalloz 95، 2، صفحة 79 - حكم محكمة استئناف بوردو، 2 تموز 1890، Dalloz 92، 2، صفحة 1240 Sirey 91، 2، صفحة 9.

(5) النقض المدني، 4 كانون الأول 1923، Dalloz 1923، 1، صفحة 222 Sirey 1923، 1، صفحة 254 - غرفة العرائض، 28 آب 1871، Sirey 78، 1، صفحة 316، وكذلك النقض المدني، 7 أيار 1894، Dalloz 89، 1، صفحة 505 - 30 حزيران 1903، Dalloz 1904، 1، صفحة 823 Sirey 1904، 1، صفحة 130، عدم تسوية المداولة مباشرة.

سوى ممارسة الدائن للدعوى ذاتها التي تعود إلى المدين.

وكما حدد حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 22 أيار 1978⁽¹⁾، لاستبعاد دعم يتمك «بأن الدعوى البوليانة ليس لها مفعول سوى إعادة ذمة المدين المالية إلى وضعها السابق (...)»، أن الدعوى التي يقيمها الدائن (...)، المدعي الوحيد في الدعوى البوليانة، مفعولها جعل العملية التي تمت غشاً للإضرار به غير محتج بها تجاهه وحده⁽²⁾.

وفي الدعوى البوليانة يطلب الدائن التعويض عن الضرر الخاص به ويعزز غشاً كان ضحيته. والمفعول النسبي للدعوى البوليانة يستنتج أيضاً من الطابع الفردي للملاحظات في المادة المدنية. والدفع هو ثمن السعي. وتبتعد الدعوى البوليانة هنا عن التقليد الروماني الذي يجعل منها حدثاً للتصفية الجماعية لأموال المدين. وبإمكان الدائنين الحفاظ على حقوقهم بالتدخل في الدعوى. وتقبل محكمة النقض أن بإمكانهم فعل ذلك حتى توزيع الأموال المتأتية عن الرجوع حتى في قضية استئناف⁽³⁾.

بيد أنه من غير الأكيد أن المفعول النسبي للدعوى البوليانة اعترته محكمة النقض دائماً كنتيجة منطقية للطبيعة القانونية لهذه الدعوى. وبالفعل يبدو أن محكمة النقض بنت، حتى حجة حديثة، المفعول النسبي للدعوى البوليانة على مبدأ المفعول النسبي للشيء المحكوم فيه وحده⁽³⁾.

إن حكماً صدر في 25 تشرين الأول 1937 عن غرفة العرائض في هذا الشأن له مدلوله⁽⁴⁾. فقد جرت مراجعة محكمة استئناف عن طريق دعوى بوليانة قديمها أحد الدائنين وحكمت بإبطال العمل المطعون فيه، وأعلنت إنتاج مفاعيله تجاه الفريقين في العمل. وتمك الطعن «بأن الدعوى البوليانة لا تسمح بإبطال عمل ما إلا بشكل نسبي وبمقدار ما يكون ذلك ضرورياً لصون حقوق الدائنين، وإلما يقيه بكامل قوته في العلاقات بين الفريقين المتعاقدين (...)». واستبعدت غرفة العرائض سبب الدعم هذا بملاحظة أن الفريقين في العمل الغشفي «موجودان في الدعوى، مما يستنتج منه أن إبطال العمل ينبغي أن ينتج مفاعيله تجاههما، ومفعول حكم قضائي يعلن البطلان استناداً إلى المادة 1167 من القانون المدني

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 138، صفحة 118.

(2) محكمة استئناف بورجو، 15 حزيران 1951، Dalloz، 1951، صفحة 1488 Sirey 1952، 2، صفحة 78 - النقض التجاري، 5 نيسان 1954، النشرة المدنية، II، رقم 141. صفحة 105 Sirey 1954، 1، صفحة 192.

(3) انظر أسباب تسوية النقض المدني في 4 كانون الأول 1923 المذكور سابقاً: «يقضي الدائنين أجنبان عن الحكم الذي يعلن، تطبيقاً للمادة 1167 من القانون المدني، الرجوع عن عمل أقدم المدين عليه غشاً، وهم غير مقبولين لطلب الإنادة من هذا الحكم الذي ينحصر مفعوله، كسائر المقررات القضائية، بين الفريقين الداعين في الدعوى أو المستفيدين منها». انظر في الاتجاؤه عنه حكم غرفة العرائض، 28 آب 1871، المذكور سابقاً.

(4) غرفة العرائض، 25 تشرين الأول 1937، مجلة قصر العدل، 1937، 2، صفحة 893.

يتج بالنسبة إلى الفرعاء جميعاً الذين كانوا في الدعوى أو كانوا ممثلين فيها.⁽¹⁾ وهكذا قبلت غرفة العرائض أن المفعول المبطل يطبق على لوريقي العمل ذاتهما، لمجرد أنهما كانا في الدعوى. والفريقان هما دائماً مدعوان إلى القضية. ومبدأ المفعول النسبي للدعوى البوليانة، المؤكد اليوم في فقه إجماعي، الذي يبدو متوافقاً فعلياً مع طبيعة هذه الدعوى وهدفها، هو في تمانع مع حل كهذا.

ويبدو أن العرفة التجارية في محكمة النقض ثبتت في النهاية في حكمها بتاريخ 22 أيار 1978⁽²⁾ هذا الحل ببيان أن اللاأحجية لا يمكن أن تفيد سوى الدائن المدعي وحده الذي أقام الدعوى البوليانة.

وقد أخذ حكم الغرفة التجارية في 10 حزيران 1963⁽³⁾، بالمقابل، بمفعول ملفت ومقبول للمفعول النسبي للدعوى البوليانة تجاه دائني المدين الآخرين.

كان أحد المصارف قد فتح اعتماداً لشركة محدودة المسؤولية، وتلقى كضمان كفالة شركة مدنية عقارية. وبعد إعلان إفلاس الشركة المحددة المسؤولية تفاجأ المصرف باكتشاف أنها اندمجت مع شركة S.C.I. التي كفلتها.

وقد أخذت الغرفة التجارية بأن المصرف أصابه ضرر إذ وجد نفسه محروماً من ضمان كان موعوداً به. غير أن إفقار المدين الأصلي يمكن أن ينازع فيه طالما أن الدمج يدخل في الرهن العام للمصرف ذمة الكفيل المالية. بيد أن المفاعيل المعترف بها في هذه القضية للدعوى البوليانة هي التي تبدو بصورة خاصة منازعاً فيها: فالغرفة التجارية قبلت، بالفعل، أن الاندماج، تجاه المصرف وحده، كان باطلاً، ونتيجة ذلك إفلاته من اشتراك الدائنين الآخرين، الشركة المحددة المسؤولية كما شركة S.C.I. وأكدت بالتالي إدانة وكلاء التغطية لأنهم دفعوا للمصرف مبلغ الدين من حاصل بيع العقارات الذي يشكل موجودات (أصول) شركة S.C.I. والمصرف، كما لاحظ السيد Lomblais، وجد نفسه هكذا في وضع أفضل كما لو أن الاندماج لم يحصل. وفي هذه الفرضية، بالفعل، لم يكن بإمكانه أن يحجز سوى الموجودات الصافية للكفيل، بدون الاستفادة من امتياز تجاه دائني هذا الكفيل. فقد أجزى له، بفعل الاندماج والدعوى البوليانة، حجز العقارات التي تشكل الموجودات غير الصافية للكفيل، بدون أن يتحمل اشتراك دائني هذا الكفيل المختلطين مع دائني المدين الأصلي، في مجموعة مشتركة. إن الحل منازع فيه إلى حد كبير.

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 139، صفحة 119.

(2) Dalloz 1968، صفحة 116، تعليق C. LOMBLOIS.

الصورية

504 - التعريف .

تشكل الصورية ممارسة قديمة عُرفت في القانون الروماني⁽¹⁾ وهي عامة جداً⁽²⁾. وترتكز، على وجه العموم، على إنشاء ظاهر كاذب من أجل إخفاء الحقيقة. بيد أن المادة 1321 من القانون المدني، وهي النص الوحيد ذو المدى العام في هذه المادة، لا تنطبق إلا إلى شكل خاص للصورية. ينبغي أن تكون ثمة اتفاقية ظاهرية مفاعيلها معدلة أو ملغاة في اتفاقية أخرى معدة إلى البقاء سرية تسمى الكتاب المضاد (أو المستند المضاد)⁽³⁾.

وتنزع الصورية في أغلب الأحيان إلى إتاحة التحايل على القانون، ولا سيما التهرب من الضريبة، أو حقوق الغير، وعلى وجه الخصوص الدائنين أو الورثة. ولذلك يُنظر إليها بارتياح⁽⁴⁾. بيد أن الصورية يمكن أن يكون لها أيضاً هدف حيادي معنوياً، كهاجس التجار بعدم الكشف عن صفقاتهم لمنافسيهم، حتى محمود كالرغبة في عدم إظهار عمل بر، ولا يمكن إذاً، رغمًا عن بعض نزعات الاجتهاد المعارضة، مماثلتها بالغش⁽⁵⁾.

(1) N. KISLIAKOFF, La simulation en droit romain، أطروحة في باريس، 1965.

(2) انظر بالنسبة إلى القانون السوري P. TERCIER et J.-F. DUCREST, La simulation, Commentaires du Code des obligations, dispositions générales, mise à jour 1^{er} décembre 1988 وبالنسبة إلى القانون المدني في كيبك، J.-L. BAUDOUTIN, Les obligations، الطبعة الثالثة، 1989، رقم 416 وما يلي.

(3) يُفسر تعبير «الكتاب المضاد» بسهولة عندما نعرف أن «الكتاب» قنهما كانت تدل على «الأعمال الموثقة» (كتب إيطال، وكتب براءة ملكية، الخ)؛ انظر Ch. DEMLOMBE, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général، الجزء VI، 1876، رقم 306، صفحة 271.

(4) J. CARBONNIER, Droit civil، الجزء IV، الموجبات، الطبعة السادسة عشرة، 1992، الفقرة 88، صفحة 172.

(5) انظر حول التفرقة والعلاقات بين الغش والصورية J. VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français، ولاسيما صفحة 164، وما يليها وصفحة 183 وما يليها -.

ويمكن أن تتناول الصورية وجود العمل ذاته أو عناصره المكونة أو الفرقاء في العقد .

أ - العقود الوهمية

505 - أمثلة.

يمكن أن يتفق شخصان على أن يحملوا على الاعتقاد بوجود اتفاقية ليس في نيتهما عقدها في الحقيقة . على ميل المثل ببيع مدين مهدد بالحجز من قبل دائته ماله وهمياً أحد المواطنين معه من أجل التملص من الملاحقات . ويثبت عقد سري أنه ما زال مالكا هذا المال ويتيح له ، بعد زوال الخطر ، استعادة ما له .

ونجد الصورية أيضاً في شأن ما هو خارج الذمة المالية ، فيمكن ، مثلاً ، عقد زواج صوري أو وهمي بهدف الحصول على تابعة (جنسية) معينة⁽¹⁾ .

506 - الشركات الوهمية .

تطبق الصورية أيضاً في الشركات⁽²⁾ . وهكذا يستطيع تاجر أو صانع ، بهدف تحديد مسؤوليته ، تكوين شركة ، فيتجنب هكذا أن يكون مسؤولاً عن كامل ذمته المالية ، فيكون ذلك كما لو أنه مارس نشاطه باسمه الشخصي . وإذا كان شركاؤه مجرد مسخرين وليست لهم إرادة التعاون التي تميز نية المشاركة يعتبر أن صاحب العلاقة مارس في الحقيقة نشاطاً شخصياً بغطاء شركة وهمية⁽³⁾ . وغالباً ما يتجسد الكتاب المضاد بوعده بالتفرغ على بياض يكون المستحسن قد أعطوه صاحب العمل⁽⁴⁾ . وبالعكس يستطيع شركاء تحقيق حل وهمي للشركة ، شركة أجنبية على ميل المثل ، كي يتاح للشريك الفرنسي الاستفادة من التشريع حول أضرار الحرب ، في حين أن عقداً مستراً يؤكد إرادتهم في البقاء شركاء⁽⁵⁾ .

= M.DAGOT, La simulation en droit privé, أطروحة في تولوز، منشورات L.G.D.J., 1967, مقدمة P.HÉBRAUD, رقم 56 وما يليه .

(1) انظر الأسر: تكوين الأسرة وحياتها، رقم 281 وما يليه . إضافة إلى M.DAGOT, الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 234 وما يليه، حول الصورية في قانون الأشخاص . - J.-D.BREDIN, Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, المجلة الفصلية للقانون المدني، 1956، صفحة 273، رقم 21، حول الزواج الصوري .

(2) انظر P.ROUAST-BERTIER, Société fictive et simulation, المجلة الاجتماعية، 1993، صفحة 723 وما يليها . P.PIC, De la simulation dans les actes de société, Dalloz الأسبوعي، 1935، المرض، صفحة 33 وما يليها .

(3) انظر بصورة خاصة، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1970، 1970 Dalloz، صفحة 479، تعليق C.POULAIN - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 أيار 1954، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة C، II، 8377. إضافة إلى P.ROUAST-BERTIER، المفاك المذكورة سابقاً، ولاسيما رقم 10 ورقم 11، صفحة 728 وما يليها .

(4) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 66، رقم 77.

(5) النقض التجاري، 13 تشرين الأول 1969، النشرة المدنية، JV، رقم 289، صفحة 273.

ويمكن أن يكون هدف تكوين شركة وهمية، أو نتيجتها في أي حال، استبعاد الأولاد من إرث والدعم الذي جرى نقل ذمته المالية إلى شركة وهمية مكونة بين أولاده الآخرين. وتتيح إعادة الشيء إلى حقيقته للأولاد المستبعدين العودة إلى إرث والدعم. وقد حكمت محكمة استئناف Douai، في 12 آذار 1980⁽¹⁾ أيضاً «بأن عدم وجود شركة Simenim لا يمكن إلا أن يؤدي إلى إرجاع الذمة المالية التي ارتبطت بها إلى إرث Louis-Vilain».

ب - تعديل عناصر العقد الأساسية

507 - يمكن أن يرتكز هذا التعديل إما على إخفاء طبيعة العقد القانوني وإما على تعديل محتواه.

508 - إخفاء طبيعة العقد القانوني.

العملية حقيقية هنا. إلا أن الفريقين سيجهدان في أن تكون بمنحى من النظام القانوني المقابل لوصفها السوي. ولن يكتفى من ذلك بإعطائها وصفاً كاذباً. سيبرمان عقداً ظاهرياً محتواه يتوافق مع الوصف الذي أراده إعطاء إياه. غير أن عقداً سرياً يبين الحقيقة بإعطاء المجموعة مفاعيل قانونية أرادها الفريقان في الحقيقة. والتطبيق التقليدي الأكثر هو الهبات المستترة⁽²⁾. يبرم بيع، على سبيل المثال، ظاهراً صحيح، بيد أن الاتفاق يتم على عدم دفع ثمنه. وهذه الهبات المستترة التي تفرض الصورة يجب تفريقها عن الهبات غير المباشرة أو الأشكالية، كالهبات الناتجة، مثلاً، عن نقل أسهم اسمية لشركة مغفلة عن طريق مجرد جدول نقل⁽³⁾.

على أن الإخفاء يمكن أن يتناول أي نوع من العقود.

وهكذا جرى الحكم بأن ثمة صورة عندما يقوم الفريقان، لأجل التملص من أحكام خاصة توسع بيع المؤسسة التجارية، باستبدال التفرغ عن كامل الحصص في الشركة التي تشتمل هذه المؤسسة بعملية البيع هذه⁽⁴⁾.

(1) H.Vilain ضد Simenim والرفاق Vilain، حكم غير منشور.

(2) انظر: H.MÉAU-LAUTOUR, La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation، منشورات L.G.D.J.، 1985، مقدمة P.RAYNAUD.

(3) انظر M.DAGOT، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 تشرين الثاني 1976، مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، الطبعة G، II، 18871؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1979، صفحة 415، ملاحظة R.SAVATIER. يبين هذا الحكم «أن هبة مستترة ليست بالضرورية، بسبب شكلها، معفاة من الرد لشركة». انظر حول التفرغ بين الهبات المستترة وغير المباشرة، Ph. MALAURIE، et L.AYNES، Les successions - Les libéralités، الطبعة الثانية، 1983، رقم 413، صفحة 233.

(4) النقض التجاري، 4 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 5 - 28 تشرين الثاني 1971، المجلة الاجتماعية، 1972، صفحة 703، تعليق B.OPPETTT، الناقد. - 12 كانون الأول 1972، المجلة الاجتماعية، 1973، صفحة 306، تعليق B.OPPETTT، الناقد. بالإضافة إلى النقض التجاري، 13 حزيران -

وفي أي حال، عندما تكون الشركة وهمية، يشكل التفريغ عن الحصص في الشركة بيع المال ذاته المستثمر سابقاً. وهكذا حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 3 تشرين الثاني 1980، «بأن محكمة الاستئناف، بعد أن بينت أن Pril اتخذ جميع القرارات الضرورية لإدارة شركة Suna تبعاً لمصالحه وحدها ومصالح أسرته، واهتم وحده بأعمال الشركة بدون إشراك أحد حتى أنه «همين» وفقاً لما يريد على تأليف الإدارة، ثم مجلس إدارة الشركة، (...)، تمكنت من الاستنتاج من ذلك أن Pril كان المستثمر الوحيد للمؤسسة التجارية بغطاء شركة Suna الوهمية الصرف وأن الوعد بالتفريغ عن الحصص في هذه الشركة غطى وصداً ببيع المؤسسة التجارية، وبالتالي قطعة الأرض المخصصة لاستثماره⁽¹⁾.

يبد أنه لا يمكن الأخذ بالصورة إلا أن تكون متوافقة فعلياً مع نية الفراء المشتركة التي يستنتجها بسيادة قضاة الأساس من تحليل الاشتراطات الحقيقية للعقد⁽²⁾.

509 - تعديل محتوى العقد.

بإمكان الفراء أن يعدلوا بعقد سري اقتصاد العقد الظاهري، كما أن باستطاعتهم حصر موضوع هذا الموجب أو ذلك الوارد في العقد الجلي أو زيادته. والتطبيق الأكثر تواتراً هو كتمان أحد الفريقين الثمن في البيع من أجل تجنب استيفاء ضريبي⁽³⁾. إن ثمناً وهمياً يستخدم مثلاً، بفضل الاعتراف بدين متلازم، لكتمان قسم من ثمن أحد المقاربات⁽⁴⁾.

ويمكن أن تناول الضرورية أيضاً سبب العقد. يعمل أحد المستخدمين مثلاً على جعل

= 1977 Dalloz, 1977، صفحة 448 من التقرير، ملاحظة J.-C. BOUSQUET، 19 كانون الثاني 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، الطبعة II، G، 17134، تعليق Y. GUYON، انظر B. OPPETIT، 1978، صفحة 831، وما يليها ولا سيما حول إعادة وصف الفراءات الأكثرية، صفحة 834 وما يليها، رقم 7 وما يليه. انظر حول هدف تحويل المنع القانوني لعقد الاستيلاء على الشيء المرتهن وفاء للمدين، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 أيار 1988، النشرة المدنية، I، رقم 171، صفحة 138. - النقض المدني، 4 تموز 1987، النشرة المدنية، I، رقم 307، صفحة 245.

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 358، صفحة 288.

(2) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 287، صفحة 220 Dalloz-Sirey، 1979، صفحة 360 من التقرير، رد طعن يأخذ على محكمة استئناف Rennes (30 تشرين الثاني 1976، 1976 Dalloz، صفحة 168 من التقرير، ملاحظة M. VASSEUR). لأنها رفضت إعادة وصف كبيع بالائتمان عملية تتضمن حسب تفسيرها السيد عناصر أساسية للبيع في صورة إيجار (أو إجارة بيعة). حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 أيار 1977، النشرة المدنية، III، رقم 220، صفحة 168، الذي لاحظ، بعد أن أعلن أن اتفاقيات الإيجار الموقوت هي خارج حقل تطبيق مرسوم 30 أيلول 1953، إلا أن تشكل إيجارات مستمرة ولا تحقق هكذا شيئاً معداً لعدم تطبيق الأحكام الآمرة للنظام، أن الاتفاقية السازع فيها كانت متوافقة مع إرادة الفريقين المشتركة التي كانت إعطاء إيجار الأماكن طابع الرضوية وإمكانية الرجوع عنها.

(3) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 107 وما يليه.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، النشرة المدنية، I، رقم 242، صفحة 202.

مستخدَم غير نزيه يوقع على اعتراف بدين فرض في حين أن هناك اختلافاً للأموال. كما يمكن أن يتعلق بالتاريخ الذي يتم تقديمه أو تسببته⁽¹⁾. وهذا الأسلوب يمكن أن يتيح بصورة خاصة تنسيق سن رشد أحد الموقعين.

ج - تسخير الأشخاص

510 - يقضي أسلوب آخر للصورية باستبدال شخص ثالث بالشخص الذي يهيم العقد في الحقيقة.

يكون العقد إذاً وكالة تثبت أن الشخص الوارد في العمل الجلي ظاهرياً كمتعاقد لم يكن في الحقيقة سوى ممثل. فتتحقق مفاعيل العقد الظاهري، بموجب العقد المستر، في ذمة الممثل المالية، مع أن اسمه هو اسم وكيل⁽²⁾.

وقد ذكرت محكمة استئناف باريس، في حكم 6 كانون الأول 1989⁽³⁾، بالتفريق بين المسخر وضامن موافقة الغير بهذه العبارات: «من حيث أن اتفاقية التسخير لا يمكن أن تختلط باتفاقية ضمان موافقة الغير التي يلتزم فيها أحد المتعاقدين تجاه الآخر بالحصول على موافقة الغير على الاتفاقية المعقودة، واتفاقية التسخير هي اتفاقية يتعهد فيها أحد الأشخاص تجاه الآخر باكتساب ملكية مال كما لنفسه، وفي الحقيقة باكتساب هذه الملكية من قبل الفريق الآخر، بالتعهد بتفريغ رجعي عنه بعد إتمام البيع». وينتج عن ذلك بصورة خاصة أن التسخر، بخلاف من يضمن موافقة الغير، ليس عليه أن يذكر اسم الغير الذي يستفيد في النهاية من مفاعيل العقد أو يتحملها.

ويمكن أن تمارس دعوى أمام القضاء بصفة مسخر لحائز الدعوى الحقيقي، المؤمن على سبل المثال بعد أن استوفى التعويض وسَلَمَ وصلاً حلولياً لصالح المؤمن ينزع عنه أي مصلحة شخصية في المقاضاة للتعويض ضد فاعل الضرر⁽⁴⁾.

وقد ردت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 16 شباط 1983⁽⁵⁾، طعنًا ببيان وأن عقد التسخر هو عقد يتعهد فيه أحد الأشخاص بأن يتقدم تجاه الغير بصفة حائز حق

(1) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 شباط 1980، النشرة المدنية، I، رقم 46، صفحة 39، الذي تحقق من «أن الشاغل المثلث منه كان بشكل عنصرٍ داخلياً في الرعية المتنازع فيها ويتيح الشك في صدق التاريخ المذكور كتاريخ للرعية». انظر أيضاً M. GRIMALDI, Le date du testament olographe, 1984 Dalloz-Sirey, صفحة 253 وما يليها من العرض.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، أول كانون الأول 1972، النشرة المدنية، III، رقم 595، صفة 425.

(3) 1990 Dollez-Sirey، صفحة 2 من التقرير؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 269، رقم 3، ملاحظة J.MESTRE.

(4) انظر بهذا المعنى (التعليق) النقض المدني، 8 شباط 1983، النشرة المدنية، I، رقم 50، «صفحة 43.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 65، صفحة 56.

بمعد لشريكه في التعاقد الذي يبقى هكذا، وحسب التعريف، مجهولاً من الغير، مما ينتج عنه أن محكمة الاستئناف لم يكن عليها أن تقرر أن الدلائل (أو المضمن) في بيع بالمزاد العلني العمومي يجب أن يعتبر مسخراً للبايع وبذلك ملزماً بموجبات البايع، بدون التحقق من أن المسخر تصرف تجاه الغير لحسابه الخاص، وأن الدلائل رفض أن يروح للسيد Chapuis بالبيع⁽¹⁾. وقد حكمت محكمة النقض، ما دام أن الدلائل «لم يبينوا في الوقت المناسب للمزايدة اسم البايع ولم يعطوه جميع المعلومات للدفاع عن حقوقه»، فإن محكمة الاستئناف «استنتجت بصواب أنهم يجب، تجاه مكتسب الملكية، أن يعاملوا كمسخرين، بدون أن يتوجب عليها البحث عما إذا كانت شروط عقد التسخير مجتمعة». إن الدلائل هم هنا معاثرون بالمسخرين بصفة معاقبة ممتلكهم الخاطيء والمؤدي إلى الإضرار بمكتسب الملكية مع أنهم لم يتصرفوا بشكل ظاهر باسمهم الخاص وإنما باسم البايع المجهول وحسب. كما لوحظ⁽²⁾ «أن الواقع ذاته لإبرام العقد هو (...)، بالنسبة إلى غير المتعاقدين، مصدر مسؤولية مدنية بدون أن يكون بإمكان هذا الغير الاختباء هنا وراء تقنية التمثيل. فمبدأ الاستبدال الذي يتضمنه هذا التمثيل لا يمكن، بالفعل، أن يخفي كلياً الدور الذي قام به هذا الغير في تكوين العقد وبالتالي محور الخطأ الذي يمكن أن يكون قد ارتكبه. والأمر على هذا النحو بالأحرى عندما يكون هذا الغير، مع بقائه قانوناً مجرد ممثل، قد اختار مع ذلك تقطيع هذه الصفة بقيامه بدور المسخر (...)»، وهو وصف ينبغي ولا ريب أن يكون أيضاً منسوباً إلى الدلائل الذي لم يكتف في النهاية للملتزم اسم البايع».

511 - تسخير الأشخاص يمكن أن يتم بموافقة الفريق الآخر، أو بلا علمه.

يستخدم هذا التسخير بموافقة الفريق الآخر على العقد الظاهري عملياً للتخلص من منع التعاقد الذي ينص عليه القانون بين شخصين محددين. ويتعلق الأمر على وجه الخصوص بالتحويل على لأهلية العطاء والتلقي⁽²⁾ فالقانون يسن في هذه الحالة بعض قرائن التسخير (المادة 911، الفقرة 2، والمادة 1000، من القانون المدني).

وتسخير الأشخاص يمكن أيضاً أن يحصل بلا علم الفريق الآخر في العقد الظاهري. وهكذا يمكن أن يخشى أحد الأشخاص الراغب في ضمان ملكته باكتساب ملكية قطعة أرض مجاورة أن تفرض عليه شروط ليست في صالحه، فبإمكانه تحقيق الملكية بواسطة مسخر ينقل

(1) J.MESTRE، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 268.

(2) يمكن استخدام تسخير الأشخاص أيضاً لغايات معقدة. وهكذا يمكن إخفاء فرض يوي من طريق الاكتتاب بأسهم إحدى الشركات المدنية العقارية حيث يتحقق ذلك وعبئاً عن طريق المقرضين كمسخرين للمقرض المنشط العقاري. وتنتج الصورة عن غياب نية المشاركة وشروط أسدية تقض للشركاء المزعومين تسديداً سريعاً مع زيادة فائدة كبيرة سلفاً بغض النظر عن نتائج الشركة: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الأول 1972، النشرة المدنية، I، رقم 280، صفحة 247. إضافة إلى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 آذار 1977، النشرة المدنية، IV، رقم 70، صفحة 81، بالنسبة إلى اتفاقية سيرة من طريق مسخر من قبل مدير شركة بدون إذن مسبق من مجلس الإدارة.

إليه بعد ذلك الاستفادة بتنفيذ وكالة مبرية.

وجرى اقتراح حفظ وصف المسخر لهذا الشكل من تسخير الأشخاص⁽¹⁾. ويبدو أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض استخدمت، في 11 شباط 1976⁽²⁾، هذا التفريق لرد طعن يأخذ على قضاة الاستئناف أنهم اعتبروا عقد البيع حورياً «بدون التحقق من اشتراك البائعين في الصورية». ولأحظت بالفعل «أن تعبير الصورية يمكن تطبيقه إنما على الصورية الاتفاقية، وإثماً على المسخر، وأن محكمة الاستئناف لم تبرز الصورية إلا بهذا المعنى الذي حددته بدقة بأن السيدة Arnoux لم تكن مسخرة لابنها Jean Arnoux، مما يستبعد ضرورة اتفاق البائعين». ينبغي إذاً الكلام على الصورية الاتفاقية عندما يشارك الفريق الآخر في استخدام مسخر.

بيد أن هذا التفريق لا يتوافق مع اللغة الشائعة ولا مع التطبيق القضائي للقانون. يضاف إلى ذلك أن معيار التفريق ليس محدداً بشكل موحد. ويبدو إذاً من المفضل استبعاد هذا الفارق في الوصف مع بيان التفريق الأساسي بين شكلي تسخير الأشخاص⁽³⁾.

«لا تنوس العلاقات بين المسخر والوكيل القواعد المتعلقة بموجبات الوكيل والموكل»، بحيث أن مسؤولية المسخر تجاه الموكل لا يمكن الأخذ بها إلا أن يكون قد ارتكب أحد الأخطاء تجاه الموكل⁽⁴⁾.

ولا تحدد المادة 1321 من القانون المدني إلا مفاعيل الصورية، مما يدعو إلى الانطلاق من هذه المفاعيل لكي يتم بعد ذلك بيان كيف يتم إعمالها.

(1) انظر G.MARTY et P.PRATNAUD, Les obligations, الجزء 1، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، رقم 300، صفحة 312. H.L. et J.MAZEBAUD et P.CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، 1991، تأليف F.CHABAS، رقم 807، صفحة 935. J.-D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 14، صفحة 268. M.PLANIOU et O.RIPERT، Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، الموجبات، الطبعة الثانية، 1952، تأليف P.ESMEIN، رقم 333، صفحة 428، التعليق 2. قارن بـ A.SÉRIEUX، Droit des obligations، 1982، رقم 35، صفحة 141.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 84، صفحة 551 مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، IV، صفحة 119. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 تموز 1978، النشرة المدنية، II، رقم 280، صفحة 204.

(3) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 117، صفحة 109. وكذلك G.RIPERT et F.YERRÉ، Ph. SIMLER et، الجزء II، 1957، رقم 593. J.BOULANGER، Traité de droit civil، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 518، صفحة 393. M.PLANIOU et، تأليف G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء XI، العقود المدنية، الطبعة الثانية، تأليف R.SAVATIER، رقم 1505، صفحة 957. J.CARBONNIER، المرجع عينه، الجزء IV، الطبعة السادسة عشرة، الفقرة 84، صفحة 189.

(4) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، أول كانون الأول 1971، 1972 Dalloz، صفحة 248. المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 795، ملاحظة G.CORNU.

الفقرة 1 - مغايل الصورة

512 - يسيطر على مغايل الصورة التنسيق بين الحرية المعنوية ونظرية الظاهر.

يفرض المبدأ الأول مراعاة إرادة الفريقين الحقيقية، أي العمل الظاهر كما جرى تعديله أو إلغاؤه بالعقد السري⁽¹⁾. ويجيز المبدأ الثاني للغير حسن النية التمسك بالعقد الظاهر وحده وإعلان العقد السري غير محتج به ضده. على أن الشروط السوية لفعالية الظاهر مخففة هنا لاعتبار أن هذا الظاهر أنشأ المتظاهرون إرادياً. وترجم مفهوم الغش التحتي هنا تأثيره⁽²⁾.

وحسب المادة 1321 من القانون المدني «لا يحكم أن يكون للغش المضادة مفعولها إلا بين الفريقين المتعاقدين؛ وليس لها مفعول ضد الغير». وهذا النص يدعوا إلى التفريق بين الفريقين والغير. والتفريق منطقي لأن الصورة مرجحة، بصورة خاصة، ضد الغير.

I - مغايل الصورة بين الفريقين

513 - المبدأ هو مبدأ حياد الصورة. غير أن القانون، في بعض الحالات الخاصة التي لها أهمية عملية كبيرة، وكذلك الاجتهاد يعطيان الصورة تأثيراً في صحة العقد.

أ - حياد مبدأ الصورة.

514 - حياد الصورة يمكن التعبير عنه في الاقتراحين التاليين: لا نجعل الصورة باطلاً ما هو صحيح، ولا نجعل صحيحاً ما هو باطل.
(1) الصورة لا تجعل باطلاً ما هو صحيح.

515 - يرتبط الفريقان المتعاقدان بما أراداه بالفعل، أي بالعقد الظاهري كما هو معدل أو مقوض بالعقد السري.

هذا الحل مجرد تطبيق للمادة 1134 من القانون المدني. يضاف إلى ذلك أن المادة 1321 من القانون المدني تفترض صحة الكتاب المضاد، وفي الوقت عينه المجموعة التي يكونها هذا الكتاب والعقد الظاهري.

كما أن المادة 911، الفقرة 1، والمادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني، واليوم المادة 1840 من القانون العام للضرائب، التي تعاقب بالبطلان بعض عقود الصورة، تميز

(1) M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 430، رقم 335.

(2) انظر H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 810، صفحة 936، ورقم 829، صفحة 946، M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 4، صفحة 15 وصفاة 16.

التفكير في أن هذه الصورة، استدلالاً بالضد، من حيث المبدأ، هي بدون مفعول في صحة العقد⁽¹⁾.

وقد بينت الغرفة التجارية في محكمة النقض بدفة، في 19 شباط 1979⁽²⁾، «أن المادة 1840 من القانون العام للضرائب لا تعاقب الاتفاقية التي تحقق الصورة طابعها الحقيقي، وإنما فقط الاتفاقية التي تتناول كتمان ثمن البيع أو قسماً منه». وقد نقضت بالتالي لانتهاك هذا النص حكماً ظن أن عليه، على أساسه، إبطال اتفاقية بملاحظة «أن الموجبات التي يلتقيها العقد على عاتق الزوجين Leclercq كانت تشكل مؤشرات أكيدة على أن العقد، في ظل ظواهر إجارة إدارية، كان يحوي في الحقيقة إدارة بيعية مستمرة».

وقد رأينا، بالنظر إلى القانون الذي ينشده الفريقان، المتناذرة بطلان مبدئي للعقود الصورية لتغليب المصلحة العامة ومعاينة الخطأ الذي تغطيه في الغالب حتى لتندرك⁽³⁾ بيد أن القاعدة هي أن الخطأ لا يمكن اغتراضه⁽⁴⁾. يضاف إلى ذلك أنه من المناسب عدم السماح للفريقين بتجاوز الثقة المتروكة للعقد إلا أن تكون المصلحة العامة تفرض ذلك إلزامياً. والأحجية ضد الغير تظهر هكذا كمعاقبة مبدئية أكثر ملاءمة⁽⁵⁾.

وذكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض أيضاً، في 11 تموز 1979⁽⁶⁾، «بان الصورية ليست في ذاتها سبب بطلان العقد الذي هو موضوعها»، وقبيل الاجتهاد بشكل مستقر أن الفريقين مرتبطان بالكتاب المضاد⁽⁷⁾.

وقد أخذت الغرفة التجارية، مثلاً، في 10 حزيران 1974⁽⁸⁾، بأنه ينبغي تطبيق «عقد

- (1) انظر J.-D. BREDIN، الممالة المذكورة سابقاً، صفحة 363 و صفحة 364.
- (2) النشرة المدنية، IV، رقم 69، صفحة 51، Dalloz، 1979، صفحة 320 من التقرير.
- (3) انظر J. CARBONNIER، المرجع عنه، الجزء IV، الطبعة السابعة عشرة، الفقرة 87، صفحة 173 - Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، الموجبات، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 623، صفحة 341.
- (4) انظر الصفحة 172 إلى 174، ولا سيما صفحة 172 في شأن القانون المقارن. J. VIDAL، Essai d'une théorie générale de la fraude، 1957، صفحة 437 وما يليها.
- (5) H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عنه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 813، صفحة 937 - Les obligations، J. L. AUBERT et J. L. FLOUR، الجزء I، العمل القانوني، الطبعة الخامسة، 1991، رقم 380، صفحة 317 - M. DAGOT، الأخطاء والسلوكيات سابقاً، الأرقام 170 إلى 172، الصفحات 172 إلى 174، ولا سيما صفحة 172 في شأن القانون المقارن.
- (6) النشرة المدنية، I، رقم 209، صفحة 168.
- (7) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 22 شباط 1962، النشرة المدنية، IV، رقم 218، صفحة 157. 25 شباط 1965، النشرة المدنية، IV، رقم 191، صفحة 141 - حكم غرفة المرافض، 9 تشرين الثاني 1981، Dalloz، التدرجي 92، 1، صفحة 159، S. 94، 1، صفحة 78 - محكمة استئناف باريس، 17 تشرين الثاني 1982، Dalloz، 83، صفحة 500 - النقض المدني، 13 آب 1987، 17 S. 1، صفحة 383 - 7 فريير العام XIII، S. 86، 1، صفحة 474.
- (8) النشرة المدنية، IV، رقم 184، صفحة 148.

غير مؤرخ ولا مسجل» يبين أن «التفرغ عن حصص رسمية ليس سوى انعكاس الاتفاق الموجود الذي يربط الفريقين وحده».

كما بينت أيضاً، في 12 كانون الأول 1978⁽¹⁾، «أن الفريقين، في ظل ظواهر عقد شركة، كانا يتوخيان إبرام عقد قرض» لاستتيع من ذلك صحة شرط بفرض تسديد التقديمات، «سواء إذا انهارت الشركة أو ازدهرت» ويشكل «وعداً أسدياً». وكان هذا الشرط الباطل في عقد شركة صحيحاً عندما يثبت وصفاً قانونياً حقيقياً للعملية.

وفي تفرغ عن أسهم تعهد فيه مكتسب الملكية بإبرام عقد عمل للمتفرغ لمدة غير معدودة، يؤمن له دخلاً شهرياً معيناً، حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في 21 كانون الثاني 1981⁽²⁾، بأن للمتفرغ فعلياً الحق في هذه المكافأة مع أنه لم يقيم أبداً بتقديم أقل عمل، ذلك بأن المقابل الحقيقي، في ذهن الفريقين وفي غياب أي ثمن للمتفرغ عن الأسهم، للتسديدات يكمن في هذا التفرغ.

كما أنها أخذت دائماً، رغمًا عن بعض التحفظات الفقهية، بصحة السندات التي كان سببها صوراً⁽³⁾.

وطرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 22 تشرين الأول 1975⁽⁴⁾، استناداً إلى المادة 1321 من القانون المدني، «أنه ينجم عن هذا النص أن الصورية ليست بعد ذاتها سبباً لبطان العقد الذي هو موضوعها». ولاحظت «الإعلان عقد اعترفت فيه السيدة Aymard بأنها مدينة تجاه Guibert بمبلغ 100000 فرنك باطلاً، إن الحكم المطعون فيه أورد «أنه يكفي، لقبول أن هذا الاعتراف يعتبر نصاً مستتراً، التحقق من أن هذا الاعتراف بالدين هو بدون سبب ولا يمكن أن يكون له أي مفعول، وذلك تطبيقاً للمادة 1121 من

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 306، صفحة 252.

(2) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 21 كانون الثاني 1981، النشرة المدنية، V، رقم 52، صفحة 37.

(3) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 179، صفحة 180، والاجتهاد المستشهد به - حكم غرفة العرائض، 9 شباط 1879، Dalloz 80، 1، صفحة 197، S. 81، 1، صفحة 21 - حكم غرفة العرائض، 9 تشرين الثاني 1881، Dalloz 92، 1، صفحة 151 - حكم غرفة العرائض، 3 نيسان 1905 - Dalloz 1905، الموجز، صفحة 8 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 30 حزيران 1958، النشرة المدنية، III، رقم 285، صفحة 235 - حكم محكمة استئناف يسم، 27 شباط 1979، Dalloz 1979، صفحة 278 من التقرير، ملاحظة M.CABRILLAC، الحكم بأن شرطاً صورياً، في السندات التجارية المبينة على أوضاع أشغال وهمية من أجل تسوية إيجار معدات للغير، لا يجعل التمسك باطلاً عندما لا يكون غير مشروع.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 281، صفحة 243. انظر كذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 تشرين الثاني 1961، النشرة المدنية، I، رقم 553، صفحة 440، الذي نقض لنقص الأساس القانوني حكماً أبطل لغياب السبب سنفاً بدون البحث عما إذا كان هذا التمسك الذي لا يبين سببه ولا طبيعته يجب أن يعتبر، كقديم بدون مقابل، أنه يقدم للمرسل إليه هبة غير مباشرة.

القانون المدني». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف، بالحكم استناداً إلى أسباب التسوية هذه، في حين أن الاعتراف المنازع فيه، لو كان صورياً، لم يكن كذبه الظاهري ليؤدي بالضرورة إلى بطلان الموجب الذي تعاقبت عليه السيدة Aymard ولم يكن ليمنع بالضرورة الاعتراف لهذا التعهد بطابع تبرع مستتر، انتهكت المادة 1321 من القانون المدني.

(2) الصورة لا تجعل ما هو باطل صحيحاً

516 - يجب أن يكون الكتاب المضاد بحد ذاته علناً صحيحاً.

ليس بإمكان الصورة، ولا سيما إذا كان رضا أحد الفريقين مشوباً بالعيب أو كان السبب غير مشروع أو غير أخلاقي، أن تضفي على العقد الصحة التي ليست له. يمكن أن نفعل سرّاً ما يحق لنا فعله علناً وليس أكثر من ذلك. والفقه⁽¹⁾ والاجتهاد متفقان حول هذه النقطة⁽²⁾.

على أن القاعدة مستبعدة بالنسبة إلى شروط شكل الهبات⁽³⁾.

517 - ينبغي أن لا تكون الصورة أداة تحايل على القانون.

هذا ما يستخرج من سلسلة أحكام صادرة عن مختلف غرف محكمة النقض.

فقد بينت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في 7 تشرين الثاني 1974⁽⁴⁾، «أنه لم يكن يوجد رابط تبعية بين شركة Teona الجديدة و Delard وأن عقد العمل الذي يتمسك به هذا الأخير لم يكن سوى ظاهري وأن الأمر يتعلق بإخراج منظم من قبله للوصول إلى غاياته» لتسوية رد طلب دفع علاوة للعمال المحرومين من العمل.

وبينت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 22 حزيران 1976⁽⁵⁾ «أن Paul

(1) انظر على وجه الخصوص P.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LBQUETTE, المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 522، صفحة 395. Ph.MALAUZIE et LAYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 826، صفحة 343. J.FLOUR et J.-L. AUBERT، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الخامسة، تأليف J.-L. AUBERT، رقم 383، صفحة 318. B.STARCK, Obligations - الجزء II، العقد، الطبعة الرابعة، 1993، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 978، صفحة 413. Ch. LARROUMET, Droit civil، الجزء III، الموجبات - العقد، الطبعة الثانية، 1990، رقم 767، صفحة 821. M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P.BSMEIN، رقم 335، صفحة 431.

(2) انظر على وجه الخصوص الشفيع المدني، 3 تشرين الثاني 1930، Dalloz الأسبوعي 1930، صفحة 603 - حكم غرفة المرافض، 30 حزيران 1895، 98، 1، صفحة 353. 12 أيار 1885، 1885، Dalloz، 86، 1، صفحة 475؛ Sirey، 85، 1، صفحة 440. 14 حزيران 1869، 73، Dalloz، 1، صفحة 158؛ Sirey، 69، 69، 1، صفحة 371. 2 تموز 1856، 56، Dalloz، 1، صفحة 427.

(3) انظر الرقم 519 اللاحق.

(4) الشرة المدنية V، رقم 534، صفحة 502.

(5) Dalloz، 1977، صفحة 619، تعليق P.DIENER.

Lamure لم يكن أبداً حامل حصص الشركة المحدودة المسؤولية Nord-immobilier، وأن السيدات Bucas و Margat و Megge اعترفن بأنهن لم تكن لديهن في الأصل نية المشاركة الضرورية في شركة ما، وأن الشركة المحدودة المسؤولية Nord - immobilier بالتالي تبدو أنها لم تكن موجودة على الإطلاق». وحكمت بأن محكمة الاستئناف «استنتجت بصواب (...) جميع نتائج التحايل على قانون من الانتظام العام الذي يمكن أن يتمسك به الفرقاء جميعاً ليان ما كانت عليه مشاركتهم في هذا التحايل».

ونقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 13 كانون الثاني 1981⁽¹⁾، حكماً قبل صحة اتفاقية تعدل بشكل خفي، لأنها لم تودع في المركز الوطني للسima، توزيع الإيرادات المقابلة للإنتاج المشترك للشريط السينمائي مع شركة ألمانية. وفي عرف محكمة النقض «بالحكم على هذا النحو، بدون البحث عما إذا كانت أحكام الاتفاقية المودعة في 11 تموز 1968 قد سمحت وحدها بالحصول على المساعدة العمومية التي لم تكن انفاقية 21 آذار 1968، رغباً عن إبداءها النظامي، ولا الاتفاقية المسترة في 17 تموز التالي، تسمحان بالحصول على المساعدة، وبدون البحث أيضاً عما إذا كان توزيع الإيرادات المنصوص عليه في هاتين الاتفاقيتين كان مفعوله تحويل هذه المساعدة عن التخصيص الذي حدده القانون، مما يؤدي، بالتكرار لقواعد الانتظام العام، إلى بطلان الاتفاقيتين المنازع فيهما المطلق».

وحكمت هذه الغرفة ذاتها، في 31 كانون الثاني 1989، بأن فعل شركة الثمان بالجلوء، بالاتفاق مع الفريق الآخر، «إلى بيع وهي لتوفر لها إمكانية تكوين رهن بدون نوع اليد عن المركبة، كضمان للقرض»، يشكل احتيالياً على أحكام مرسوم 30 أيلول 1953 المتعلقة ببيع سيارات بالاثمان⁽²⁾.

ونقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 9 تشرين الأول 1978⁽³⁾، حكماً قبل طلب تدديد التقويمات والعقوبات الضريبية بكاملها الذي قدمه ضد الشاري بائع قطعة أرض معلة للفرز بموجب عقد ميرم ليبقى مستتراً، وبمقتضاء أخذ الشاري على عاتقه «المسؤولية الكاملة» ولا سيما «المسؤولية الضريبية» عن العملية». وفي عرف محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، مع بيان أن Cianca، البائع، «اشترك في كتمان البيع الذي أجراه مع Andonian، وهذا الكتمان سبب الضرر الذي يدعي أنه أصابه بمقاومة إعلان»، لم «تستخرج من تحقيقاتها النتائج القانونية الناجمة عنها». ويبدو أنه ينتج عن هذا الحكم غير المجرد من الالتباس، أن الاتفاقية التي تضع على عاتق أحد الفريقين في الغش الضريبي المسؤولية الناجمة عن ذلك، مقبولة حتى بين الفريقين. والحل مؤوَّع على أساس الشرط غير المشروع لاتفاق كهذا هدفه تسهيل التهرب من الضريبة وبالتالي هو مخالف

(1) النشرة المدنية، لا، رقم 10، صفحة 7.

(2) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 531، رقم 4، ملاحظة J.MESTRE.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 217، صفحة 183.

للاتنظام العام. ومن المفيد بيان أن هذا الحل يفترض، حسب هذا الحكم، أن يكون البائع قد اشترك في الكتمان. والهدف غير المشروع متابع هنا بالاشتراك بين الفريقين. ومن المعروف أن الدافع غير المشروع أو اللأخلاقي، في عقود المعاوضة، ينبغي أن يكون معروفاً من الفريقين لتسويغ الإبطال استناداً إلى المادة 1131 من القانون المدني⁽¹⁾.

518 - يجب أن لا تكون الصورية أداة غش للإضرار بالغير.

يمكن أن ينتج غش كهذا، على سبيل المثال، عن تسخير الأشخاص. ففي 2 حزيران 1975، حكمت الغرفة التجارية لصالح شخص حصل على حكم قضائي نهائي يدين شركة النقل Segondat بأن تدفع له 5% من ثمن النقل الذي نفذته لشركة الألبان Grosjean أخوان ما دام اتفاق النقل قائماً بين الشركتين. وقبلت أن لا تكون «الصورية» المحققة عن طريق تسخير وسيط تجاري، هو Bistuer، بعد الفسخ الظاهري لاتفاق النقل، محتجاً بها تجاهه، طالما «أن تسخير Bistuer بين شركتي Grosjean و Segondat كان صورياً في القضية المراهنة ولا يشكل سوى ظاهر صرف». جرى خلقه لعدم دفع المائدات المستحقة⁽²⁾.

ولا يمكن أن تكون الصورية أيضاً أداة غش ضد دائني أحد الفريقين بإخراج أموال من ذمته المالية وهماً تشكّل رهنهم، فتتزع إذ ذاك إلى الاختلاط بالغش البولاني الذي تفرق عنه بالطابع الوهمي للمقد⁽³⁾.

وحكمت الغرفة الجنائية على الصيديد الجزائري، في 12 كانون الأول 1977⁽⁴⁾، بأنه إذا كانت البيانات الكاذبة التي اعتقد الفريقان بإمكانية إدخالها في العقد ليست بالضرورة معاقبة عليها كصورية، فالأمر خلاف ذلك عندما تكون هذه البيانات الكاذبة مركزة مع النية المذبذبة في خداع الغير والتسبب بضرره الاحتمالي. على أنه يجب أن يكون التواطؤ الغشّي عند ذلك أداة جريمة جزائية.

ب - الأثر الاستثنائي للصورية في صحة المقد

519 - الهبات المسترة بمنح من شروط شكل الهبات.

إن مبدأ حياد الصورية مستبعد أولاً لصالح الهبات المستترة. ومع أن هذه الهبات تحققت بدون الشروط المطلوبة، فإنها تبقى مقبولة ما أن تكون شروط صحة العقد الظاهري مجتمعة.

ويحصل الفريقان هنا على فائدة من الصورية بالتخلص من معاملات مزعجة أو مكلفة.

(1) انظر تكوين المقد، رقم 825، صفحة 905.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 151، صفحة 128.

(3) انظر الرقم 583 اللاحق.

(4) Dalloz 1978، صفحة 200 من التقرير.

وينبغي كذلك أن يكون الإخفاء كافياً. ولا يكفي مثلاً وصف عقد لا يحوي ذكر أي ثمن بأنه بيع. ويبدو أن محكمة النقض ظهرت سخية بصورة خاصة.

وهكذا ردت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 29 أيار 1980⁽¹⁾، بعد أن ذكرت «بأن التبرعات التي تتم بنطاء عقود معاوضة صحيحة عندما تجتمع شروط الشكل المطلوبة لتكوين العقود التي تأخذ عنها ظاهرها، والقواعد التي تخضع لها بالنسبة إلى الأساس هي القواعد الخاصة بالعقود المجانية» طعنًا تمسك بأن بيع قطعة أرض بـ 10 فرنك واحد هو باطل لغياب ثمن حقيقي. فقد حكمت «بأن محكمة الاستئناف، إذ قدرت بسيادة أن شركة Gobba في مدينة فينا كانت لديها نية تبرعية، تمكنت من التقرير أن هذا العقد الذي راعى شروط شكل البيع كان يشكل هبة متترة صحيحة».

وبالمقابل، حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 3 تشرين الثاني 1976⁽²⁾، «بأن هبة متترة ليست بالضرورة، بسبب شكلها، معفاة من ردها إلى التركة».

520 - بيد أن الأحكام الخاصة التي تعاقب ببطلان بعض أنواع الصورية في عقود معينة هي التي، نظراً إلى أهميتها العملية، تتضمن استثناءات بارزة جداً لمبدأ الحياد. وينبغي التفرقة حينما يطال البطلان الكتاب المضاد وحسب أو العقد بكامله.

1) البطلان الاستثنائي للكتاب المضاد.

521 - الكتب المضادة التي تتضمن تعديلات الاتفاقية الزوجية.

بعض المؤلفين⁽³⁾ يلاحظ هنا أن الكتب المضادة التي تحمل تعديلات الاتفاقيات الزوجية باطلة خارج الظروف المبينة في المادة 1396 من القانون المدني. إلا أن كلمة الكتاب المضاد الواردة في هذا النص لم يستخدمها المشرع بنعناها العادي كعقد سري. أنها تدل على أي تعديل لعقد الزواج الأولي. فالأمر لا يتعلق إذاً ببطلان يعاقب الصورية وإنما بمنع استقرار الأنظمة الزوجية⁽⁴⁾.

(1) النشرة المدنية، I، رقم 164، صفحة 131، Dalloz-Sirey، 1981، صفحة 273، تعليق I.NAJJAR، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 422، رقم 2، ملاحظة J.PATARD. - أنظر بالمعنى عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، I، رقم 300، صفحة 206، بالنسبة إلى بيع مؤسسة تجارية للبقالة وبيع المشروبات بالمفرق بـ 10000 فرنك.

(2) مصنف الأجنهات الدورية، 1978، الطبعة G، II، 8871، تعليق M.DAGOT، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1979، صفحة 415، ملاحظة J.SAVATIER.

(3) G.MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 310، صفحة 319 و صفحة 320، M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P.ESMEIN، صفحة 431، رقم 336.

(4) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 2، صفحة 11 و صفحة 12.

522 - بطلان الكتاب المضاد معاملة بشكل أساسي لكتمان الثمن.

إنه مستلهم إما من أسباب ضريبة في بيع العقارات أو المؤسسات التجارية والتفرغ عن الإيجار، وإما بهاجس رقابة التفرغات عن الوظائف القضائية.

(أ) بيع العقارات والتفرغ عن المؤسسة التجارية أو الزين أو الإيجار.

523 - بطلان الكتب المضادة.

يعاقب قانون 22 فريسير العام VII، في المادة 40 منه، بالبطلان «أي كتاب مضاد جرى بتوقيع خاص وموضوعه زيادة الثمن المشترك في عقد بتوقيع خاص سبق تسجيله». بيد أن هذا النص ألغته المادة 1321 من القانون المدني التي أكدت، على العكس، صحة الكتب المضادة بين الفريقين. وقد عزز قانون 23 آب 1871 القمع الضريبي لكتمان الثمن. إلا أن العقوبات الملحوظة، في الواقع، نادراً ما تطبق، ذلك بأن الإدارة ليس بإمكانها معرفة الكتمان إلا أن تبرز بعض الصعوبات بين البائع ومكتب الملكية.

على أنه تم بذل الجهد للحصول على إبطال الكتب المضادة التي تنزع إلى كتمان الثمن. وقد تمسك بعضهم، لهذه الغاية، بأن العقد المبرم يهدف التملص من رسوم التسجيل كان سببه غير مشروع ويقتضي إبطاله تطبيقاً للمادتين 1131 و 1133 من القانون المدني. وكانت محكمة النقض قد رفضت في أول الأمر طابع السبب غير المشروع بنية حتى ظاهرة للتهرب من رسوم التسجيل⁽¹⁾. وكان عليها أن تبني موقفاً أكثر دقة في حكم لفرقة المرائض في محكمة النقض في 10 نيسان 1900⁽²⁾.

إلا أن البطلان لا يمكن أن يكون فعالاً إلا يكون محدوداً بالكتاب المضاد من أجل حث الشاري على الرجوع عنه لتجنب دفع تكملة الثمن مع الاحتفاظ بالاستفادة من العقد.

وهذه النتيجة توصلت إليها الإدارة الضريبة مع المادة 7 من قانون 27 كانون الثاني 1912 التي استوتحت الاجتهاد المتعلق بالتفرغ عن الوظائف القضائية واستبعدت أحكامها مع توسيع ملموس في المادة 1793 من القانون العام للمرائب، وهي اليوم المادة 1840 من

(1) انظر حكم غرفة المرائض، 16 آب 1831، الاجتهاد العام، 7^{هـ} التسجيل، رقم 5123 - النقض المدني في 24 آذار 1836، المرجع عينه، رقم 5125 - حكم غرفة المرائض، 13 آذار 1839، المرجع عينه رقم 5126.

(2) Dalloz الدوري 1902، 1، صفحة 11، تعليق. 2m.B. في القانون «كل اتفاقية هدفها الرئيسي تسوية المصالح بين الفرقاء لا يمكن أن تكون باطلة لهذا السبب وحده وقد تكون نتيجتها، حتى الإراعية، الإفراج بالضريبة مما يجعل استثناء رسوم التسجيل غير كامل»، ويقضي تحديد أن تكون نية تخفيض رسوم التسجيل السبب الحاسم للعقد المتنازع فيه لتسوية البطلان. وهكذا رفض الاجتهاد فصل الكتاب المضاد من التمدد الأصلي الذي يهدف إلى كتمان الثمن الحقيقي. والحال أن مفهوم السبب غير المشروع لا يمكن أن يكون فعالاً إلا بشرط أن لا يطبق إلا على الكتاب المضاد المحدد طبعاً بهدف التهرب من الضريبة وأن لا يؤدي إلى بطلان هذا الكتاب وترك العقد الظاهري باقياً.

هذا القانون⁽¹⁾. ويقتضى هذا النص «أي كتاب مضاد موضوعه زيادة الثمن المشروط في اتفاق التفرغ من وظيفة قضائية أو أي اتفاقية هدفها كتمان قسم من ثمن بيع عقار أو تفرغ من مؤسسة تجارية أو زين أو تفرغ من حق إيجار أو استفادة من وعد بالإيجار يتناول عقاراً أو قسماً منه أو فرق أنصبة مقايضة أو قسماً منه أو قسمة تتضمن أموالاً عقارية أو مؤسسة تجارية أو زيناً هو باطل وليس له أي مفعول». إن مجرد قراءة هذا النص يبين العناية الخاصة التي أولاها المشرع للسهر على أن تكون فرضيات كتمان الثمن جميعاً تم تغطيتها.

وأساس البطلان موضوعي. فالعمل القابل للإبطال هو الذي تابع فاعلوه هدفاً غير مشروع. وهذا الشرط يكون محققاً ما أن يكون «هدف الاتفاقية كتمان الثمن...». وليست نية التهرب من الضريبة مفروضة على الإطلاق في المادة 1840⁽²⁾ ولا تبدو متوافقة مع إرادة المشرع⁽³⁾.

ونقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 18 حزيران 1975⁽⁴⁾، حكماً ظن «أن عليه رفض إبطال عقود مع أنه أخذ «بأنها كانت تكتم قسماً من ثمن بيع مؤسسة تجارية». لقد اعتبر قضاة الأساس أن «تعهد الفريقين يحتفظ بقيمته القانونية» رغباً عن هذا الكتمان، بغض النظر عن الأسباب المنازع فيها التي «لم تكن السبب الحاسم» وأن «الفريقين» بإدخال هذه الشروط في العقد غير السرية الخاضعة للتسجيل وبيان ثمن بيع صحيح، غير مكتوم، لم يكونا يفكران بالإقدام على كتمان الثمن وإنما على تخفيض الرسوم المتوجبة على نقل المال إلى أقصى حد ممكن». كان يكفي أن يكون الكتمان حقيقياً، موضوعياً، بالاستقلال على نفسانية فاعليه ما دام أن ثمة كتماناً للثمن وليس مجرد مهارة مسموح بها⁽⁵⁾.

ونقضت الغرفة ذاتها أيضاً، في 18 كانون الثاني 1994⁽⁶⁾، حكماً أدان الاعتراف بدين بقي غير مدفوع جزئياً ولم يكن مبلغه مذكوراً في عقد التفرغ، وكان ثمنه قد جرى إنقاصه بحجة أن الموجب الناشء عنه «له سببه حقاً وأنه يشجع على صلاح استخدام مبلغ حسن الثنية

(1) انظر P. FROGER, *Insuffisance et dissimulation du prix dans les ventes d'immeubles* في باريس، 1932، ولا سيما صفحة 80 و صفحة 118.

(2) انظر مع ذلك حكم محكمة استئناف Douai، 17 حزيران 1969، Dailloz، 1970، صفحة 275، تعليل J.GHESTIN، الناقد، وهذا الحكم يستبعد البطلان بملاحظة أن فرق الأنصبة المستتر الذي لزمه البائع لم يكن له فائدة ضريبية لهذا البائع طالما أن العرف يضع على عاتق الشاري رسوم التسجيل وأنه لا يهدف في الحقيقة إلى حرمان إدارة الضرائب وإنما المفيد من ذاتي البائع.

(3) انظر F.DERRIDA، تعليل على حكم محكمة استئناف الجزائر، 8 كانون الأول 1955، مصنف الاجتهادات الدردي، 1956، II، 9113، حول تصريحات واضح اقتراح القانون التي نتجت عنها المادة 7 من قانون عام 1912 التي لا تميز بين مصلحة الغير ومصلحة الخزينة.

(4) النشرة السنوية، IV، رقم 173، صفحة 145.

(5) انظر حول الضيق بين النش والمهارة المسموح بها، المدخل العام، رقم 754 وما يليها.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1994، النشرة السنوية، IV، رقم 29، صفحة 23.

بين الفريقين». إن الحكم يأخذ بالفعل بأن تعليقاً كهذا يشكل انتهاكاً للمادة 1840 من القانون العام للضرائب، طالما أن الاعتراف بالدين، وموضوعه، حسب تحقيقات قضاء الأساس الخاصة، كتمان قسم من ثمن التنازل عن الزين، كان باطلاً. والبرهان المستخرج من فكرة حسن النية بين الفريقين لا يمكن الأخذ به.

وأخيراً حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 18 آذار 1981⁽¹⁾، «بأن البطلان الذي تقضي به المادة 1840 من القانون العام للضرائب يعاقب أي اتفاقية تتضمن كتمان ثمن بيع عقار أو قسم منه وكذلك الأمر بالنسبة إلى مؤسسة تجارية، أيًا كانت دوافع هذا الكتمان».

524 - بطلان الكتاب المضاد بترك العقد الظاهري باقياً.

إن القانون، في سبيل دفع البائع عن قبول كتمان الثمن، هو قاسي بصورة خاصة. إن الكتاب المضاد ليس باطلاً وحسب بل لا يؤدي أيضاً إلى بطلان العقد الظاهري⁽²⁾. فالعملية تبقى إذاً بالثمن الظاهري الذي لا يناظر الثمن الذي اتفق عليه الفريقان.

ولم يستمر الاجتهاد بوضوح على هذا المنحى إلا حديثاً بأن المدعى عليه لا يستطيع، في أي حالة كانت، طلب امتداد البطلان الذي يطال الكتاب المضاد إلى العقد بكامله.

والاجتهاد السائد، في تطبيق المادة 1840 من القانون العام للضرائب، لم يجعل البطلان المنصوص عليه فيها يمتد إلى العقد الظاهري⁽³⁾. وكانت العملية محفوظة عليها بالثمن الظاهري الذي لا يناظر الثمن الذي اتفق عليه الفريقان.

على أن أحكاماً عديدة أخذت بأن العملية يجب إبطالها بكاملها عندما يكون الكتاب المضاد والعقد يعتد فصلهما، لأن الكتاب المضاد هو السبب الدافع للعقد والحاسم بالنسبة إليه⁽⁴⁾.

(1) - النشرة المدنية، III، رقم 61، صفحة 45.

(2) - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 شباط 1973، النشرة المدنية، I، رقم 99، صفحة 84. - أول شباط 1961، النشرة المدنية، I، رقم 621، صفحة 493 - النقض المدني 21 تشرين الأول 1947، النشرة المدنية، I، رقم 5، صفحة 4 - حكم غرفة المرافض 18 تموز 1934، Dalloz الأسبوعي 1934، صفحة 476 - النقض المدني، 25 آذار 1931، Dalloz 1931، 1، صفحة 62.

(3) - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 28 شباط 1973، النشرة المدنية، IV، رقم 99، صفحة 84 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1961، النشرة المدنية، I، رقم 621، صفحة 493 - 13 شباط 1963، النشرة المدنية، I، رقم 98، صفحة 80 - 18 كانون الثاني 1961، النشرة المدنية، I، رقم 49، صفحة 40 - أول شباط 1960، النشرة المدنية، I، رقم 68، صفحة 55 - 4 تموز 1955، النشرة المدنية، I، رقم 277، صفحة 233 Dalloz 1956، صفحة 19، تعليق Ph. MALAURIE - النقض المدني، 21 تشرين الأول 1947، المذكور آنفاً - حكم غرفة المرافض، 18 تموز 1934، Dalloz الأسبوعي 1934، صفحة 476 - النقض المدني، 25 آذار 1931، Dalloz الأسبوعي 1931، 1، صفحة 62.

(4) - حكم غرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1974، 1975، D، صفحة 1404 - 1975 =

وهذه الأحكام متوافقة مع المبادئ العامة التي تجعل من التأثير الذي يمارس على رضا الغريقين معيار البطلان الجزئي أو التام للمعقود. غير أنها كانت متناقضة مع هدف الانتظام العام الذي توخاه المشرع. ففعالية المعقود، بالفعل، هي القصيدة الأساسية ما دام أن الأمر يتعلق بالانتظام العام للإدارة. والحال أنه يمكن الاعتبار أن الثمن المتفق عليه الذي يعبر عنه الكتاب المضاد حتم في الأحوال جميعاً، رضا البائع⁽¹⁾. كانت هذه الأحكام إذاً منازعاً فيها عند ارتباط فعالية المعاقبة الضريبية بالحفاظ على العقد الظاهري الذي يدونه ليس لمكتسب الملكية على وجه العموم مصلحة في التمسك بإبطال الكتاب المضاد⁽²⁾. بيد أن الأمر لا يتعلق، بالنسبة إلى أحكام محكمة النقض، إلا بأحكام رد تبرز التقدير السيد لقضاء الأساس في شأن لا انقسامية العقدين.

بيد أن محكمة النقض، في أحكام عديدة حديثة، ولا سيما حكمي الغرفة التجارية في 8 أيار و 6 تشرين الثاني 1979⁽³⁾، كانت لها مناسبة إدانة هذا الحل غير المنسجم مع ضرورة تأمين فعالية المعاقبة المنصوص عليها. وأكدت هذه الإدانة الغرفة المختلطة في 12 حزيران 1981⁽⁴⁾. فقد طرحت مبدأً، لتسويق حكم نقض، «أن البطلان الوارد في» المادة 1480 من القانون العام للضرائب «تجاه أي اتفاقية هدفها إخفاء قسم من ثمن بيع عقار لا

= Defrénois، البند 31002، صفحة 1329، ملاحظة J.-L. AUBERT، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، II، 18401، تعليق Ph.SIMLER. - وحكم محكمة استئناف روان، 14 تشرين الأول 1966، Dalloz، 1976، صفحة 134. - النقض المدني 28 حزيران 1956، مصنف الاجتهادات الدوري، 1956، II، 9636، تعليق A.PONSARD، 1975، D، صفحة 229، تعليق P.VOIRIN، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1957، صفحة 158، ملاحظة R.SAVATIER. - حكم محكمة استئناف باريس، 4 أيار 1956، D.1956، صفحة 19، تعليق Ph.MALAUURIE. - حكم غرفة المرافض، 19 نيسان 1937، D.H.1937، صفحة 284. أضف إلى ذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 حزيران 1976، النشرة المدنية، III، رقم 254، صفحة 195، قبول إبطال الكتاب المضاد وحده بحجة أن العقد الوصي «يكفي لوحده».

(1) انظر B.STARCK، المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND L.BOYER، رقم 989، صفحة 416 وصفحة 417.

(2) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 191 وما يليه. - Ph. MALAUURIE et Ph.SIMLER، التطبيقات المذكورة سابقاً.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 أيار 1979 (حكم رد)، D.S.1980، صفحة 283، تعليق J.GHESTIN، مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، الطبعة G، II، 19192، ملاحظة A.S. - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 6 تشرين الثاني 1979، (حكم نقض)، النشرة المدنية، IV، رقم 277، صفحة 221، D.S.1980، صفحة 283، تعليق J.GHESTIN. انظر في الاتجاه عكسه، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 11 أيار 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 155، صفحة 130. انظر أيضاً حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 256، صفحة 205، بالنسبة إلى سند لأمر يقدم استحقاق الثمن المنصوص عليه في الاتفاقية الأصلية.

(4) حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 12 حزيران 1981، نشرة الغرفة المختلطة، رقم 5، صفحة 17، D.S.1981، صفحة 413، طلبات المحامي العام J.CABANNES، 1981، Defrénois، البند 32787، صفحة 1511، تعليق J.L.AUBERT، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 141، ملاحظة P.CHABAS. وكذلك A.HINFRAY، Du Paradoxe Juridique de la simulation، تشرين الثاني 1982، صفحة 11 وما يليها.

يطبق إلا على الاتفاقية السرية ولا يتناول صحة العقد الظاهري بدون أن يكون ثمة بحث عما إذا كانت هناك انقسامية بين الاتفاقيتين أم لا⁽¹⁾.

وهذا الحكم جاء وفقاً لطلبات حضرة المحامي العام الأول السيد Jean Cabannes الذي لاحظ، بإيراد ملاحظاته على حكم الغرفة التجارية لعام 1979، ما يلي: «يبدو، بعيداً عن نية الفريقين، أنه يعود إلى محكمتهم العليا أن تحدد،» (عن طريق تفسير إرادة المشتري، الحالات التي تمنع فيها فعالية المعاقبة الأخذ في الحسبان إرادة الفريقين بالنسبة إلى الطابع الأساسي للشرط غير المشروع أو لإقساميه تجاه ما هو أساسي في العقد). فليس المقصود إذاً حل خاص بالقانون الضريبي وإنما بقاعدة ذات مدى عام. والحل مستقر اليوم⁽²⁾.

على أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في مادة قريبة من رقابة النقد، رأت أن عليها، في 22 كانون الثاني 1975، نقض حكم حلد الإبطال بالكتاب المضاد المتضمن غشاً وحده، إذ لاحظت «أن العملية، في مجملها، كانت باطلة لأنها تهدف إلى التهرب من قواعد الانتظام العام لرقابة النقد⁽³⁾». إلا أنه من المسموح به التفكير في أن إبطال الكتاب المضاد وحده يؤمن معاقبة أكثر فعالية. فبطلان القرض يتبع، بالفعل، للمقترض استعادة أمواله فوراً لكي يستثمرها، عند الحاجة، بصورة أكثر مهارة. ومن شأنه، فضلاً عن ذلك، ردع المقترض عن الإفادة من البطلان من الانتظام العام وأن يضع نفسه هكذا في خدمة التثهير الضروري بما هو غير مشروع.

525 - لا يقام وزن لاشتراك المدعي في الغش.

يجوز بطلان الكتاب المضاد لمكتسب الملكية أن يرفض دفع القسم المستور من الثمن⁽³⁾. وإذا كان مكتسب الملكية قد دفع فيمكنه طلب استرداد القسم المستور من الثمن. ولا يشكل القولان المأثوران، لا يمكن أن يدعى أحد على نفسه (nemo in auditur propriam turpitudinem allegans)، أو يمكن فرض استرداد ما تم دفعه بموجب عقد غير قانوني عند الاشتراك في اللأمانة (in pari causa turpitudinis cessat repetitio)،

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 11 أيار 1984، النشر المدنية، IV، رقم 155، صفحة 130، الذي استند صبه حكم الغرفة المختلطة لعام 1981.

(2) مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، الطبعة G، II، 18401، تعليق Ph. SIMLER، D.S. 1980، صفحة 280 من التقرير؛ بوسايات الكتابة العدل، 1977، البند 53717، صفحة 918، ملاحظة F. VIATTE، الذي يتناول حول تطبيق هذا الحل على المادة 1840 من القانون العام للضرائب؛ جريدة القانون الدولي العام، 1976، صفحة 105، ملاحظة B. AUDIT، المجلة الناقدة للقانون الدولي العام، 1975، صفحة 633، ملاحظة Ph. DRAKIDIS.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 نيسان 1968، النشر المدنية، I، رقم 115، صفحة 91. جرى الحكم بأن البائع، بسبب ذلك، لم تكن له صفة الدائن ولا يستطيع بالتالي إقامة الدعوى البولائية: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 تموز 1955، D. 1956، صفحة 19، تعليق Ph. MALAURIE.

حقبة أمام هذا الاسترداد⁽¹⁾.

ولا تؤخذ في الحسبان أيضاً مسؤولية الفريقين في ما يتعلق بالبطلان ومداه. فقد نقضت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 25 حزيران 1985، حكماً منع مكتب ملكية عقار من الإفادة من بطلان الكتاب المضاد بحجة أنه كان هو نفسه «مسؤولاً عن اللاشعورية» التي يتمتع بها «في حين أن البطلان من الانتظام العام الذي يطل الكميالة كان يمنع على القضاة إعطائها أي مفعول، وأن الشاري كان له الحق في الإفادة منه في حين أنه كان مسؤولاً عنه»⁽²⁾.

وعلى وجه العموم، وكما حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 22 حزيران 1976، يمكن «أن يتمتع الفريقان بجميع نتائج التحايل على القانون من الانتظام العام أيًا كانت مشاركتهما في هذا التحايل»⁽³⁾.

526 - النظام القانوني لبطلان الكتاب المضاد.

لبطلان الكتاب المضاد أيضاً نتيجة استبعاد القسم المستتر من الثمن لتقدير وجود غير في بيع عقار. وألتمن الظاهري وحده يقام له وزن حتى ولو سدد الشاري فعلياً التكملة والبطلان الوارد في المادة 1840 من القانون العام للضرائب ليس المنصوص عليها في الكتاب المضاد⁽⁴⁾. والبطلان الوارد في المادة 1840 من القانون العام للضرائب ليس معاقبة جزائية⁽⁵⁾ ولا معاقبة ضريبية... إنه إذاً معاقبة خاصة لا تخضع للمبادئ العامة المتعلقة بالمقروبات⁽⁶⁾. وعليه جرى الحكم بأن قوانين العفو العام التي تزيل المقروبات، ولا سيما الغرامات الضريبية، لا يمكن أن تضيي الصحة على الكتب المضادة الباطلة⁽⁷⁾.

(1) الفضي المدني، 17 أيلول 1941، القانون الإداري 1942، صفحة 337. وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 تشرين الأول 1967، النشرة المدنية، I، رقم 300، صفحة 1225 D.1967، صفحة 725، تعليق A.BRETON.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 حزيران 1985، النشرة المدنية، III، رقم 103، صفحة 78 D.S.1980، صفحة 212، تعليق BAGOSTINI الناقد؛ مجلة القانون المقاري، 1986، صفحة 216، ملاحظة GROSNIÈRE et SAINT - ALARY - HOUIN.

(3) 1977 Dalloz - Sirey، صفحة 819، تعليق P.DIENER.

(4) حكم غرفة العرائض، 10 كانون الأول 1930؛ S.1931، صفحة 103، مجلة قصر العدل، 1931، 1، صفحة 113.

(5) حكم غرفة العرائض، 26 نيسان 1926، Dalloz الأسبوعي 1926، صفحة 281 Sirey 1927، 1، صفحة 17.

(6) J.CHAPEAU، Les dissimulations de prix devant la législation civile، 1934، صفحة 155. وعلى نقض ذلك R.SAVATIER، نهرس الكتابة المدل العام، 1927، صفحة 137.

(7) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 آذار 1963، مجلة قصر العدل، 1963، 2، صفحة 110. حكم محكمة استئناف باريس، 4 أيار 1955 (الفضي الثانية)، D.1956، صفحة 19، تعليق Ph.MALAURIE. الفضي المدني، 25 حزيران 1928، S.1928، 1، صفحة 350.

ولأن البطلان يهدف إلى حماية المصلحة العامة فهو مطلق ويمكن بالتالي أن يطلبه أي شخص صاحب علاقة.

527 - المعاقبات الأخرى للكتمان الجزئي للثمن.

ليس لبطلان الكتب المضادة، رغمًا عن قساوته فعالية كبيرة. والشاري يتردد في التصكك به، لا لأنه يتعرض هو نفسه كمتواطء للمعاقبة الضريبية التي هي على وجه العموم أدنى من القسم المستتر من الثمن وحسب، وإنما لأنه يخشى، بصورة خاصة، على الصعيد النفسي، لفت انتباه مصلحة الضرائب وإثارة استنكار الرأي العام بالاستفادة من هذه العلوة⁽¹⁾. ويمكن إثبات الكتمان بالوسائل كافة طالما أن الأمر يتعلق بتحايل على قانون من الانتظام العام، غير أنه صعب، ذلك بأن التسديد يتم عملياً بصورة سرية وفي أغلب الأحيان بدون تحرير مستند خطي.

ولتأمين فعالية القمع حصلت الإدارة الضريبية على زيادة الغرامات، وبموجب المادة 1904، من القانون العام للضرائب، على حق الشفعة بأن تحل محل مكتب الملكية بثمان ظاهري مع زيادة 10% ولا يجوز لمكتب الملكية أن يثبت أن الثمن الوارد في العقد يتناظر قيمة المال الحقيقية⁽²⁾. على أن محكمة النقض، في الميعات العقارية، عندما يبين أن الثمن الظاهري أدنى من سبعة من اثني عشر من قيمة المال، أجازت للبائع المقاضاة للفسخ فقرة الثمن ضد الإدارة⁽³⁾. وهذه الدعوى لا تستبعد إلا أن تثبت الإدارة أن الدعوى أقيمت بهدف التملص من نتائج القس الضريبي⁽⁴⁾.

ب- التنازل عن الوظائف القضائية:

528 - بطلان الكتمان الجزئي لثمن التنازل.

تمارس وزارة العدل رقابة ثمن التنازل عن الوظائف القضائية لتجنب أن يحاول المعتازل له الذي دفع ثمناً مرتفعاً جداً، بعد ذلك، زيادة أثمانه. ويتيح الكتاب المضاد في المماوسة كتمان قسم من الثمن الموضوع فعلاً. ويعاقب اجتتهاد قديم أكدته المادة 8 من قانون 27

(1) انظر B.STARCK، المرجع عنه، الطبعة الثالثة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 985، صفحة 415 وصيغة 416.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1970، D.1970، صفحة 68 من الموجز. - 5 شباط 1951، مصنف الاجتهادات الدوري، 1957، II، 9876. - 5 آب 1952، D.1952، صفحة 745، مصنف الاجتهادات الدوري 1952، II، 7337.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 كانون الثاني 1952، النشرة المدنية، 1952، رقم 23، صفحة 198، مصنف الاجتهادات الدوري، 1952، II، 7114 (القضية الأولى).

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 كانون الثاني 1952، النشرة المدنية، رقم 22، صفحة 117، مصنف الاجتهادات الدوري، 1952، II، 7114، (القضية الثانية). - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 تموز 1950 (حكمان)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1950، II، 5783، انظر B.STARCK، Droit de préemption et action en rescision pour lésion، الفهرس العام للكتابة العدل، 1951، صفحة 121 وما يليها.

شباط 1912، ثم المادة 1840 من القانون العام للضرائب، ببطلان هذه الكتب المضادة الخاضعة لنظام مشابه لنظام بيع العقارات والمؤسسات التجارية.

(2) البطلان الاستثنائي للمقد بكامله.

529 - بطلان الهبات المستترة أو التي يقوم بها مسخر لصالح عديم أهلية التلقي.

تعاقب المادة 911، الفقرة الأولى، من القانون المدني بالبطلان التبرعات المستترة في شكل عقد معاوضة أو عن طريق أشخاص مسخرين، لصالح عديم الأهلية، ويستهدف هذا النص الأشخاص عديمي أهلية، التلقي. ويمكن الاعتبار أنها تكتفي لاستنتاج نتائج إعادة إثبات الحقيقة⁽¹⁾.

530 - بطلان الهبات بين الزوجين المحققة عن طريق مسخر.

بمقتضى المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني، كل هبة بين الزوجين إذا كانت مستترة أو معطاة لأشخاص مسخرين هي باطلة. وحسب الاجتهاد «يطبق البطلان المحكوم به استناداً إلى المادة 1099 من القانون المدني على الهبات اللاحقة للزواج وكذلك على الهبات السابقة له إذا جرت ترقعاً للزواج»⁽²⁾. ويستهدف هذا الحل بصورة خاصة الهبات المستترة عبر عقد الزواج⁽³⁾. والصورية تعاقب هنا بعد ذاتها طالما أن الهبات بين الزوجين ليست باطلة من حيث المبدأ.

ويسوغ هذا البطلان بهاجس المحافظة على إمكانية الرجوع عن الهبة التي تحتفظ به المادة 1098 من القانون المدني للزوجين⁽⁴⁾. بيد أن هذا الأساس نادراً ما يكون منسجماً مع إمكانية الدعوى بالنسبة إلى الورثة وإلى دائني الزوجين⁽⁵⁾. ويجري أيضاً التمسك بقرينة الغش للإضرار بحقوق الورثة أصحاب القروض الذين غالباً ما يكونون ضحايا هبات كهذه⁽⁶⁾. وهذا

(1) غير أنه يبدو أن الاجتهاد يجعل للمادة 911 مفاعيل أهم من المفاعيل الناتجة عن القانون العام. - انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 196 وما يليه.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 آذار 1972، النشر: المملية I، رقم 77، صفحة 170 D.1972، صفحة 460، تعليق A.BRETON. انظر بالمعنى عينه، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 شباط 1986، النشر: المدنية I، رقم 21، صفحة 118 D.1986، البند 33609، رقم 98، صفحة 1262، تعليق G.CHAMPENOIS. حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 أيار 1951، النشر: المدنية I، رقم 153، صفحة 119.

(3) حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 14 نيسان 1886 Dalloz الدوري 87، 1، صفحة 189.

(4) انظر H.L. et J. MAZEAUD Leçons de droit civil الجزء IV، المجلد الثاني، الخلافة، التبرعات، الطبعة الرابعة، 1982، تأليف A.BRETON، رقم 1550، صفحة 748. - حكم محكمة استئناف باريس، 4 تموز 1963 D.1964، صفحة 3 من الموجز.

(5) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 203، رقم 204.

(6) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 205، صفحة 203 G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء IV، رقم 3846، صفحة 1219 M.PLANIOL et RIPERT.

الأساس يجب أن يفود إلى مجرد تخفيض الهبة، في حين أن الاجتهاد السائد يحكم بالبطالان⁽¹⁾. ويدور في النهاية إذا أن الصورية ذاتها هي التي تسوّغ البطلان⁽²⁾.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 8 آذار 1977⁽³⁾، في قضية كان زوجان فيها قد تزوجا في ظل نظام فصل الأموال واشترىا عقاراً فواكتسب الزوج كامل ملكية هذا العقار حتى وفاته، واشترت الزوجة حق الانتفاع قبل وفاة زوجها. بيد أن كتاباً مضاداً كان يعترف «بأن ثمن الشراء قد جرى دفعه من مال زوجها رحمه وأن هذا الزوج كان المالك الوحيد للعقار وله حرية التصرف به». ثم تطلق الزوجان فقاضى الزوج زوجته لإبطال الهبة المستترة التي وافق عليها على هذا النحو. وطلبت الزوجة من ناحيتها بطلان البيع واسترداد الثمن المقابل لحق الانتفاع. واستبعد قضاة الاستئناف طلب الزوجة بحجة أنه ينجم عن الكتاب المضاد أنها «لم تكن حائزة حق الانتفاع» فقدمت الزوجة طعناً يأخذ على قضاة الاستئناف عدم البحث عما إذا كان التنازل عن حق الانتفاع يجب أن ينشأ بعد وفاة زوجها ولا يشكل وعداً على الإرث المستقبلي الذي يؤدي كشفه في العقد الجلي أيضاً إلى بطلان العقد السري. فحكمت محكمة النقض بأن محكمة الاستئناف «بقبولها أن العقد السري يفرض الظاهر الذي أنشأه العقد الجلي بين الزوجين» استجبت من ذلك «بصوابه أن انعدام وجود أي اتفاقية، في العلاقات بين الزوجين، تتعلق بنقل حق الانتفاع، كان بعد ذاته يستبعد وعداً على إرث مستقبلي».

يبدو الحل صحيحاً. ويكون أكثر تعليلاً لو أن محكمة النقض بينت أن عدم وجود نقل لحق الانتفاع كان ناتجاً عن أنه يشكل بين الزوجين هبة مستترة باطلة تطبيقاً للمادة 1099 الفقرة 2، من القانون المدني. وواقع أن الكتاب المضاد نص على أن الزوج كان مكتسب

= لمرجع عنه الجزء V، البيان والوصايا، الطبعة الثانية، تأليف A. TRASSBOT et Y. LOUSSOUARN، رقم 762، صفحة 949 وما يليها.

(1) انظر حول هذا الاجتهاد، M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 205، صفحة 204 الذي استشهد به: النقض المدني، 30 آذار 1831، S.32، 1، صفحة 134، وحكم غرفة العرائض، 29 أيار 1838، S.38، 1، صفحة 481، تعليق L.M. DEVILLENEUVE - 17 شباط 1874، D.74، 1، صفحة 344 - 25 تموز 1881، D.82، 1، صفحة 77، S.1882، 1، صفحة 417 - النقض المدني، 23 أيار 1882، S.83، 1، صفحة 152 - 30 نيسان 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1941، 1، 1727، تعليق P. VOIRJN؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1941، صفحة 629؛ ملاحظة R. SAVATIER؛ S.1941، 1، صفحة 418؛ مجلة قصر العدل، 1941، 2، صفحة 50؛ القانون الإداري، 1941، 1، صفحة 324؛ D.1942، 1، 5، تعليق M.N. - 22 أيار 1951، D.1951، 1، صفحة 507؛ النشرة المدنية، I، رقم 153، صفحة 119، 26 تشرين الأول 1953، النشرة المدنية I، رقم 234، صفحة 200 - 23 أيار 1959، D.1959، 4، صفحة 470؛ النشرة المدنية، 1، رقم 259، صفحة 216 - 3 شباط 1960، النشرة المدنية، I، رقم 77، صفحة 64.

(2) تارن بر Libéralité - Les successions، Ph. MALAURIE et L. LAYNÉ، تأليف Ph. MALAURIE، الطبعة الثانية، 1993، رقم 717، صفحة 376.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 122، صفحة 94.

الملكية الوحيد وأن حق الانتفاع الاحتمالي للزوجة موجب حتى وفاة الزوج أصبح بدون مدى نظراً إلى هذه الملاحظة الناجمة عن الكتاب المضاد ذاته بأن الثمن جرى تسديده بكامله من أموال الزوج. ومن الصحيح أن اجتهاد محكمة النقض الأحداث ينزع إلى استبعاد الهات المقتة بين الزوجين.

إن بطلان الهيات المستترة بين الزوجين لا يفسح في المجال لمنازعات قضائية غريبة ولجدال فقهي شديد وحسب، بل إن السبداً ذاته هو المنازع فيه اليوم⁶. وهذا ما قاد محكمة النقض ولا شك إلى تخفيف مداء بطرق مختلفة لعدم إمكانية إلغاء المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني.

إن عدة أحكام لمحاكم الاستئناف، في أول الأمر، لم يتم نقضها من قبل محكمة النقض، رفقت بإبطال الـهبة المسترة ببيان غياب نية التبرع، إذ توخى الزوج مكافأة نشاط زوجته، إقنا بسبب المساعدة التي قدمتها لنشاطه المهني وإقنا نشاطها في المنزل الزوجي الذي كان يتجاوز مجرد إسهام في أعباء إدارة المنزل⁽²⁾.

ثم طرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 30 تشرين الثاني 1983⁽³⁾، من حيث المبدأ «أن الورثة أصحاب الغروض هم وحدهم بين الورثة الذين بإمكانهم إقامة دعوى البطلان الواردة في المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني». والحل يصعب أن يكون منسجماً مع البطلان المعتمد عموماً، كما رأينا، كعاقبة للقاعدة، في حين أن الاعتناء على الحصص المحفوظة لا يسوّغ منطقياً سوى تخفيض التبرع.

(1) انظر M. CL. RONDEAU-RIVIER، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الثاني 1983، 1984 *Deffrénos* الجلد 33285، صيغة 576 وما يليها - 1. M. DAGOT، *Réflexions sur* D. MARTIN - 2387، 1، الطبعة G، 1971، مصنف الاجتهادات المغربي. 1089، l'article du Code civil، 1983، صيغة 415. *Le désordre du droit des libéralités conjugales*، in *Etudes dédiées à Alex Weil*، مسروعة Dalloz.

(2) انظر M. CIRONDEAU-RIVIER، التعليقات المذكور سابقاً، صفحة 580، الذي يستشهد بـ: حكم القردة الطبية الأولى في محكمة النقض، 24 تشرين الأول 1978؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، الطبعة G، II، 19220، تعليق J. PATARIN، 1979، D، صفحة 75 من التقرير، ملاحظة D. MARTIN؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 351، ملاحظة R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI، 1979، Defrénois، البند 32038، صفحة 945، ملاحظة G. CHAMPENOIS؛ مجلة قصر العدل، 1975، صفحة 528، تعليق L. DE LA MARNIERE، 10 - تموز 1980، D، 1980، صفحة 138 من التقرير، ملاحظة D. MARTIN، 1980، Defrénois، البند 32174، ملاحظة A. PONSARD؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 426، ملاحظة S. PATARIN، 23 كانون الثاني 1980، 1980، Defrénois، البند 32448، صفحة 1289، ملاحظة G. CHAMPENOIS، 20 أيار 1981، Defrénois، 1981، البند 32750، صفحة 1323، ملاحظة G. CHAMPENOIS - حكم محكمة استئناف كولمار، 31 تشرين الأول 1978، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة G، II، 19303، تعليق R. L. GUIDEC.

(3) M. CL. RONDEAUX-RIVIER، التعليق السابق، الاك، صفحة 676.

وفي 26 نيسان 1984⁽¹⁾ حكمت «بأن محكمة الاستئناف، بعد أن قبلت بصواب أن وصف الهيئة المستترة لا يمكن الأخذ به إلا في حال وجود كتمان كاذب لمصدر المال، تحققت من أنه لم تكن ثمة صورية في شراء قطعة الأرض ولا في عملية بناء المنزل تكشف عن الرغبة في إنشاء ظاهر خادع»، مما يستبعد أيّ حبة مستترة.

وأيدت الغرفة نفسها، في 8 كانون الثاني 1987⁽²⁾، أيضاً تحفظات تجاه بطلان منازع فيه بالحكم «بأنه لا يمكن أن تكون ثمة حبة مستترة تعاقب بالبطلان الوارد في المادة 1099، الفقرة 2» من «القانون المدني» إلا أن يكون العقد متضمناً تأكيدات كاذبة متعلقة بمصدر الأموال، وقبلت أن «غياب بيان متعلق بمصدر هذه الأموال في العقد لا يشكل كذباً». وأكدت في 8 تشرين الثاني 1988⁽³⁾ هذا الحل.

وفي 7 شباط 1989⁽⁴⁾ نقضت، لانتهاك المادتين 1099 و 1099 - 1 من القانون المدني، حكماً وصف ببعاً بجهة مستترة «بدون البحث عما إذا كانت في العقد تأكيدات كاذبة تتعلق بمصدر الأموال، في حين أن وصف الهيئة المستترة لا يمكن الأخذ به إلا في حال وجود هذا الكتمان الكاذب».

وطرحت أخيراً، في 14 حزيران 1989⁽⁵⁾ استناداً إلى المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني، من حيث المبدأ «أن وصف الهيئة المستترة، بمعنى هذا النص، لا يمكن الأخذ به إلا بوجود تأكيدات كاذب متعلق بمصدر الأموال»، ونقضت بالتالي لنقص في الأساس القانوني حكماً لم «يبحث عما إذا كان عقد اكتساب الملكية يحوي تأكيدات كاذبة متعلقة بمصدر الأموال».

وكان من المسموح به، كما لوحظ سابقاً، الاندعاش، أمام أحكام المادة 1099 - 1، كما نتجت عن قانون 28 كانون الأول 1967، من أن «محكمة النقض لم تتخلّ عن وصف الهيئة المستترة في حال اكتساب أحد الزوجين ملكية مال بأموال قدمها الزوج الآخر»⁽⁶⁾. ومن المعروف، بموجب هذا النص، «أن الهيئة، عندما يكتسب الزوجان ملكية مال بأموال قدمها الزوج الآخر لهذه الغاية، ليست سوى أموال نقدية وليست مالاً استخدم من أجلها». ويكفي عند ذلك أن الزوجين لم يعيا إلى كتمان مصدر الأموال النقدية ليكون ثمة إخفاء، مما يجعل المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني غير قابلة للتطبيق.

(1) الشرة المدنية، I، رقم 139، صفحة 116.

(2) الشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 4. انظر بهذا المعنى حكم محكمة استئناف باريس، 13 آذار 1979، مجلة قصر العدل، 1979، 2، صفحة 505؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 142.

ملاحظة R.SAVATIER.

(3) Dalloz 1988، صفحة 277 عن التقرير.

(4) الشرة المدنية، I، رقم 71، صفحة 46.

(5) الشرة المدنية، I، رقم 236 صفحة 157.

(6) M.C.I. RONDEAU- RIVIER، التعليق المذكور سابقاً، صفحة 581.

531 - نما اجتهاد ملقت حول صحة الهبات المستترة بين أشخاص أصحاب أهلية للإعطاء والتلقي.

بإمكان الورثة المغبونين عن طريق هبة تتناول حصصهم المحفوظة مزاولة دعوى الرجوع. وبالفعل عندما يكون لأحد الأشخاص ورثة من ذوي أصحاب العروض (أو الحصص المحفوظة)، ولا سيما الأولاد، فليس بإمكانه أن يتصرف بأمواله بصفة مجانية إلا بقسم من ذمته المالية، أي بالنصاب الحر. والتبرع الذي يتجاوزه لا يبطل وإنما يخفص فقط إلى مبلغ هذا النصاب الحر.

وعندما تكون الهبة مسترة تحت ظاهر عقد معاوضة، ولا سيما البيع، هل لإعادة إقامة الحقيقة النتيجة الوحيدة بتخفيض الهبة، أم ينبغي أن تعاقب الصورة بإبطال الهبة بكاملها؟ إن الاجتهاد أعطى حلولاً متباينة.

فطبقت أحكام عديدة المادة 1131 من القانون المدني ومبدأ الغش لإبطال الهبة بكاملها. بيد أن التحليل الدقيق لهذا الاجتهاد يظهر أن الإبطال لا يعاقب أبداً، بحد ذاته، مجرد الإخفاء الذي يعتدي على الحصص الإرثية المحفوظة؛ يضاف إلى ذلك دائماً، إما الغش البوليفاني بالنسبة إلى الدائنين⁽¹⁾، وإما سبب أخلاقي باكتساب نفع من أجل تسهيل علاقات المعاشرة غير الشرعية أو القيام بها⁽²⁾. والبدء المطروح في عدة أحكام لمحكمة النقض مستقر إذن: الصورة الطوطية، النازعة إلى انتهاك القانون، وبصورة خاصة إلى حرمان الورثة من حصصهم المحفوظة، ليست في ذاتها سبباً للإبطال⁽³⁾. وبالمقابل إذا أصر الموهوب له، بعد وفاة الواهب، على كتمان الهبة، فالإخفاء المرتكب هكذا يمنع عليه عدم الاحتفاظ بشيء من الأموال الموهوبة له، بدون أن من الواجب البحث عما إذا كانت هذه الأموال تتجاوز تدبير النصاب الحر⁽⁴⁾.

(1) انظر غرفة المرافض، 28 كانون الأول 1938، مجلة قصر العدل، 1939، 1، صفحة 376 - 3 آب 1920، S.1921، 1، صفحة 27.

(2) انظر النقض المدني، 11 نيسان 1932، D.P. 1932، 1، 169، تعليق R.SAVATIER - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 نيسان 1939، النشرة المدنية، I، رقم 183، صفحة 163 - أول آذار 1978، يوميات الكتابة العدل، البند 54906، صفحة 616، ملاحظة A.R. بيان أن التبرع، في ظروف القضية يتناول عقاراً وليس أموالاً نقدية استعملت لتمويل الشراء، مما يستبعد القاعدة المطروحة في المادة 1089 - 1 من القانون المدني بملاحظة أن التبرع، رغمًا عن زواج الواهب بالمستفيدة لاحقاً للتبرع، لا يمكن أن يكون قد حصل توّماً لزواج مستقبلية طالما أنه تم في حقبة كان فيها الواهب ما يزال في علاقات الزواج السابق.

(3) انظر بهذا المعنى حكم غرفة المرافض، أول حزيران 1932، D.1932، 1، صفحة 164، تعليق R.SAVATIER - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 تموز 1954، النشرة المدنية، 1، رقم 250، صفحة 214 - حكم الغرفة الاجتماعية، 13 تشرين الأول 1955، D.1956، 22، صفحة 22، مصنف الاجتهادات الدوري، 1956، II، 9300 - حكم الغرفة المدنية الأولى، 2 شباط 1971، D.1971، 590، تعليق J.GHESTIN.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 أيار 1973، فهرس الكتابة العدل العام، 1974، البند =

ونلاحظ هنا أن الصورية تعاقب بحد ذاتها، وإنما تطبيقاً للمادة 792 من القانون المدني.

وجرى إبراز أن الحل⁽¹⁾ يكون في تنازع مع صحة مبدأ الهبة المستترة. فالقسم الذي يتجاوز النصاب الحر وحده هو الذي تم اختلاسه وإخفائه في الحقيقة، طالما أن بقية الهبة تعود شرعاً إلى الموهوب له. بيد أن الحل يتوَّج في أي فرضية بقيته العملية.

وإعادة حقوق الورثة أصحاب الحصص المحفوظة يتوقف على إثبات وجود الهبة المستترة بحسب تعريفها. من الأساسي إذاً حث الموهوب له على الكشف عن هذه الهبة منذ فتح التركة. والحل الذي اعتمده الاجتهاد هو الأجلر لتحقيق هذا الهدف. فصحة مبدأ الهبة المستترة يتجنب معاقبة الموهوب له الذي يكشف عن الإخفاء. وبالمقابل، إذا أصر على الصورية، لاحقاً لفتح التركة، يتعرض للمعاقبة على الإخفاء الذي يجعله يخسر الهبة بكاملها وليس القسم الذي يتجاوز النصاب الحر فقط.

وقد ذُكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 4 أيار 1977⁽²⁾، «بأن الإخفاء يمكن أن يتج عن أي وسيلة تنزع إلى حرمان دائي مال من التركة».

وبيّنت الغرفة ذاتها، في 5 كانون الثاني 1983⁽³⁾، في صدد هبة مسترة في صورة بيع، «أن المقررات المتخصص عليها في المادة 792 من القانون المدني تطبق على جميع الأشخاص المدعويين إلى الاشتراك في قسمة التركة بصفة كلية، وأن محكمة الاستئناف طبقت بصواب عقوبات الإخفاء» على شخص «ليست صفته كموصي له كلي موضوع نزاع».

- 30499، صفحة 110، تعليق A.BRETON؛ D.1974، صفحة 1، تعليق A.BRETON؛ المجلد الفصلية للقانون المدني، 1974، صفحة 439، ملاحظة R.SAVATIER؛ مجلة قصر العدل، 1974، 1، صفحة 87، تعليق A.PLANQUEL؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، الطبعة G، II، 17921، تعليق H.THUILLIER الناقد. يؤكد هذا الحكم تحولاً في الاجتهاد، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 تموز 1954، النشرة المدنية، I، رقم 256، صفحة 214 - 17 آذار 1964، النشرة المدنية، I، رقم 166، صفحة 126، تكريس اجتهاد أقل في السابق، حكم غرفة المرافض، 10 تشرين الثاني 1927، S.1928، صفحة 142 22 تشرين الأول 1928، D.1928، 1، صفحة 101، H.DESBOIS. - النقض المدني 9 تشرين الثاني 1929، مجلة قصر العدل، 1929، 2، صفحة 642. أضف إلى ذلك بالنسبة إلى الاجتهاد السابق الذي لم يطبق معاقبة الإخفاء إلا على ما يتجاوز النصاب الحر: النقض المدني، 14 نيسان 1897، D.P.97، 1، صفحة 1287 30 آذار 1898، D.P.99، 1، صفحة 22 - 16 تموز 1913، D.P.1914، 1، صفحة 246 حكم غرفة المرافض، 21 تشرين الثاني 1938، S.1940، 1، صفحة 80 - النقض المدني، 30 كانون الأول 1947، D.1948، 1، صفحة 25 من الموجز؛ S.1948، 1، صفحة 161 مصنف الاجتهادات الدوري، 1948، II، 4591، تعليق P.VOIRIN.

(1) M.THUILLIER، التعليق المذكور سابقاً.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 208، صفحة 164. والأمر يتعلق في القضية بتقديم عقد كاذب صادر عن أب صاحب العلاقة.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 10، صفحة 7.

وبالمقابل، حكمت الغرفة نفسها، في 9 شباط 1983⁽¹⁾، «بأن الصورة لا تؤدي إلى قرينة الإخفاء تجاه مستحق الإرث الذي استفاد من تبرع مستتر والذي يتعدى معاقبته بالإخفاء إلا عندما يقدم الإثبات على نية الغشبية، وهي عنصر مكون لهذه الجريمة المدنية». وأضافت أن قضاة الاستئناف، إذ أخذوا «بتقدير سيد بأن نية كهذه لم تكن مثبتة»، سَوَّغُوا قانوناً ردهم نسبة الإخفاء الإرثي الموجهة ضد شخص «موصى له كلي من جانب أبيه... ومعترف له قضائياً بأنه مستفيد من هبة عقارية من قبل المرحوم، مسترة في صورة بيع». إن الحل، رغمًا عن الإمتداد إلى سلطة قضاة الأساس السيدة في التقدير، يتعرض للنقد إذا كان قد رفض الأخذ في الحسبان أن المستفيد من الهبة المستترة، لاحقاً لغتبع الشركة، أصر على هذه الصورة التي لم يكن من الممكن أن ينازع فيها إلا «قضائياً». والحال أن هذا ما يبدو نساماً ناتجاً عن أسباب تسويق حكم الغرفة المدنية الأولى الذي يشكل عند ذلك حكماً في قضية معينة أو تحولاً جديداً ومؤسفاً للاجتهاد.

532 - بطلان الزواج الوهمي.

يتأخذ الاجتهاد بأن صورة الرضا بالزواج تؤدي إلى بطلانه⁽²⁾. وحكمت محكمة استئناف باريس كذلك، في 11 حزيران 1974⁽³⁾، «بأن الزواج باطل لعدم وجود رضا عندما لم يرتض الزوجان الاحتفال به إلا من أجل مفعول ثانوي بالنسبة إلى أهداف مؤسسة الزواج مع إرادة مقصود للتخلص من نتائجه القانونية جميعاً».

II - مفاعيل الصورة تجاه الغير

533 - ليس للكتب المضادة، حسب المادة 1321 من القانون المدني، أي مفعول

ضد الغير.

يستنتج من هذا النص، من جهة أولى، أن العقد السري لا يحتج به ضد الغير، ومن جهة ثانية أن له إمكانية الإفادة من الكتاب المضاد، ذلك بأنه إذا لم يكن لهذا الكتاب مفعول «تجاهه»، فيمكن أن تكون له منفعة فيه. من المهم إذاً، بعد تحديد من هو الغير بالنسبة إلى الصورة، تحديد لاحجية العقد السري ضد الغير ثم إمكانيته في الاستفادة منه.

(1) الشرة المدنية، I، رقم 57، صفحة 49.

(2) G.RAYMOND، Nullité absolue du mariage pour simulation، مجلة قصر العدل، 1975، 2، صفحة 501، الاجتهاد المستشهد به وكذلك المؤلفون. أضيف إلى ذلك حول مفهوم الزواج الصوري: LA FAMILLE: FONDATION ET VIE DE LA FAMILLE، الطبعة الثانية، رقم 281 وما يليه.

(3) مجلة قصر العدل، 1974، صفحة 293، من الموجز.

١ - الغير بالنسبة إلى الصورية

534 - ليست الكتب المضادة بالتاكيد محتجاً بها ضد الأشخاص الذين ليست لهم علاقات قانونية القريين، الغير الخاص *pendum extraned*⁽¹⁾. الأمر كذلك بصورة خاصة بالنسبة إلى الإدارة الضريبية.

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حكم 14 أيار 1986، أن «قضاة الأساس لم يفعلوا سوى إعادة الوصف الحقيقي لاتفاقية 13 كانون الثاني 1976 بالاستنتاج من هذه الإيضاحات إنها تشكل وعداً ملزماً للطرفين بالبيع»، واستنتجت من ذلك «أن المحكمة، بعد أن بينت أن الزوجين Bourdais أعلنتا أنهما اختارا الحل... الأنفع» بالنسبة إلى رسوم التسجيل، واستخرجت من مجمل تحقيقاتها أن اتفاقية 13 كانون الثاني تخفي مداها الحقيقي في ظاهر اشتراطات هدفها الوحيد التلصص من الضريبة، تمكنت من الإعلان أن هذه الأفعال غير قابلة للاحتجاج بها ضد الإدارة وأعدت إليها طابعها الحقيقي⁽²⁾.

وتفترق الصورية أحياناً بالفعل عن مجرد تصحيح وصف خاطئ، يستنتج من مقارنة محتوى العقد بمعايير الوصف المذكور. وحكمت الغرفة التجارية ذاتها، في 24 نيسان 1990، «بأن الهيئة لا يمكن أن توصف بالباطنة إلا بشرط توفير مكن مستغل للموهوب له»، لكي تستنتج من ذلك «أن هبة ربة الملك، كما هي الحال في القضية الراهنة، لصالح ولد في سن سبعة عشر شهراً لا يمكن تحليلها بأنها تشكل بائنة، وأن العمل الموصوف على هذا النحو هو وهمي بالنظر إلى المادة L.64. من كتاب الإجراءات الضريبية «وأن للعملية الطابع الحقيقي لمجرد هبة»⁽³⁾.

ويمكن، بزيادة، التفكير في أن العقد ليس وهمياً ولم تكن ثمة صورية وأن وصفه، لغايات ضريبية هو الذي كان غير صحيح، وكان يكفي إثبات وصفه الصحيح لكي يستنتج من أن النفع الضريبي المرتبط بوصف البائنة كان مرفوضاً بصواب⁽⁴⁾.

على أن الغرفة التجارية حرصت على بيان «أن إدارة الضرائب، عندما تنازع في وصف عقد مسجل، تعتبر هذا العقد غير محتج به ضدها لأنه يخفي مداه الحقيقي عن طريق بنود

(1) انظر بصورة خاصة J.FLOUR et J.L. AUBERT، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 386، صفحة 320 ومصفحة 321. H.-L. et F. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 942، رقم 821. قارن بـ Ph. MALAURIE et L. LAYNÉS، المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 625، صفحة 342.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 153، صفحة 130. انظر بالمعنى عنه، مع الصيغة ذاتها، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 آذار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 120، صفحة 83، بالنسبة إلى بيع يخفي هبة مسترة لصالح ابن أخ زوجته.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 120، صفحة 79.

(4) انظر الرقم 115 السابق حول سلطة القاضي في إعادة وصف العقود.

نؤدي إلى رسوم تسجيل أقل ارتفاعاً، وأن هذه الإدارة، باعتماد وصف آخر، تتوخى إعادة الطابع الحقيقي للعملية المنازع فيها». وأضافت «أن التقويم، منذ ذلك الحين، يدخل في توقعات المادة 1.64 من كتاب الإجراءات الضريبية، حتى ولو لم يكن إيلاخ التقويم لا يستند إلى هذا النص، وأن الإدارة، حسب صياغة هذا النص السابقة لقانون 8 تموز 1987 المطبق في القضية، في غياب مراجعة اللجنة الاستشارية لقمع التصرف في استعمال الحق، كانت ملزمة بإثبات أن العقد كان وممياً، أي أن هذه التملص من الضرائب التي من المفروض أن تتناول العملية الحقيقية».

535 - الغير والأشخاص الممثلون.

الكتب المضادة التي تجري عن طريق ممثل يحتج بها بالطبع ضد الشخص الممثل. فالكتاب المضاد للوكيل يمكن هكذا التمسك به ضد الموكل⁽¹⁾، والكتاب المضاد للوصي ضد القاصر الذي أصبح راشداً⁽²⁾ والكتاب المضاد للزوج ضد زوجته التي قبلت شيوع الأموال بين الزوجين⁽³⁾.

وذُكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 22 شباط 1983⁽⁴⁾، بأن «الكتب المضادة الصادرة عن ممثل يحتج بها ضد الشخص الممثل» لكي تستند في القضية أي تمثيل للزوج من قبل زوجته في ظل شيوع الأموال بين الزوجين.

وبالعكس، في حالة تسخير الأشخاص بلا علم الفريق الآخر، يكون هذا الفريق الآخر بالطبع غيراً بالنسبة إلى الصورة.

وتكون المسألة أدق عندما يكون الغير على علم بأن شريكه الظاهري في التعاقد يمثل في الواقع شخصاً آخر⁽⁵⁾.

وحكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض، بعد بعض الأحكام المترددة، في 8 آذار 1893⁽⁶⁾، «بأن الكتب المضادة ليس لها مفعول ضد الغير، وأن كلمة غير تشمل هنا جميع الذين لم يشاركوا في الكتاب المضاد». إن السيدة Rambure استنتجت من هذا الحكم أنه من المناسب التفريق بين مجرد معرفة صفة المسخر بالسماح للفريق الآخر بالتمسك بصفة الغير، ومشاركته في الصورة التي تمنع عليه ذلك. إن غرفة العرائض في محكمة النقض

(1) حكم محكمة استئناف بوردو، 25 تموز 1826، الاجتهاد العام، ٧ الوكالة رقم 402 - 4.

(2) حكم غرفة المرافض، 28 تشرين الثاني 1830، الاجتهاد العام ٧ الموجبات، رقم 3194.

(3) حكم غرفة المرافض، 12 تموز 1932، 1932، S، 1، صفحة 364.

(4) النشر المعلن، I، رقم 74، صفحة 162، مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة G، II، 20159، تليق P.VERSCHAVE.

(5) انظر حول هذه المسألة التحليل الكامل للسيدة D. Rambure، في تعليقه على حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 نيسان 1982، D.1986، صفحة 233.

(6) D.P.93، 1، صفحة 243.

كانت في هذا الاتجاه، في 25 كانون الثاني 1864⁽¹⁾ إذ حكمت، بأنه «من قليل الأهمية، عندما يقيم الموكل مسخّره سيداً مطلقاً تجاه الغير، أن يكون الغير الذي تعامل مع المسخّر باسمه الشخصي على علم بصفة المسخّر».

وسار حكم، منذ وقت أقرب، صادر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة في 14 شباط 1981⁽²⁾، في هذا الاتجاه إذ رفض صفة الغير لأحد المصارف بملاحظة أنه «قبل، إن لم يكن قد أوصى، أن يعطى الاعتماد المعدّ في الحقيقة لزوجته عن طريق مسخّر وأن الصورة كانت ثابتة بين الرفقاء المتعاقدين الثلاثة، وأنه ينتج عن ذلك أن هذه الصورة لم يكن من الممكن أن تعطي صفة الغير».

ورفضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، بصورة أكثر تقييداً أيضاً، في 27 حزيران 1973⁽³⁾، صفة الغير للفريق الآخر ومنعته الاستفادة من الظاهر، وإنما لأنه كان على علم بأن الشريك في التعاقد تصرف بصفة مسخّر لوالده. ويبدو هنا أيضاً أن ثمة مشاركة للفريق الآخر في الصورة.

وبالمقابل، نقضت الغرفة ذاتها، في 26 نيسان 1982⁽⁴⁾، حكماً رفض دعوى المدعية لدفع مبلغ ضد إخلل الشركات بحجة «أنها لم تكن تجهل أن هذه الشركة لم تتعاقد معها إلا بصفة مسخرة». وحكمت «بأن محكمة الاستئناف بالحكم على هذا النحو، في حين أن المسخر ملتزم شخصياً ومباشرة تجاه من تعاقد معه بهذه الصفة، مع أن هذا الشريك في التعاقد عرف بصفته، لم تعط حكماً الأساس القانوني».

من الممكن التوفيق بين هذا الحكم والحكم السابق للغرفة نفسها، بملاحظة أنه لم يتم، في القضية الثانية، بخلاف الأولى، تعيين أن المدعى كان على علم أيضاً باسم التعاقد الحقيقي. وبما أن اسم هذا الأخير كان معروفاً من الفريق الثاني، فإن هذا الفريق الثاني لم يكن غيباً بالنسبة إلى الصورة التي لم تكن موجودة بالنسبة إليه. وبالمقابل، إذا كان يعرف فقط أن شريكه الظاهري في التعاقد كان يمثل غيراً بجهل هويته، فلن يكون هناك مسخّر وإنما إعلان للحائز الحقيقي الذي يسمح له بمفاضلة فاعل هذا الإعلان مباشرة. على أن الأمر يتعلق، في الواقع، بصورة تهدف إلى كتمان وجود علاقات عقدية بين الفريق المدعي الذي كان يصدّر، بصورة زائفة، إنتاجه إلى البلدان العربية في الشرق الأدنى، وشركة إسرائيلية ومن المسموح به بالتالي التفكير في أنه كان، في الواقع هنا أيضاً، قد شارك في الصورة. إن حكم 26 نيسان 1982 كان، بهذه الصفة، موضوع نقض بصواب⁽⁵⁾. وبالفعل ليس ثمة أي

(1) D.P.64، 1، صفحة 282.

(2) استشهدت به السيرة D.Rambure، التعليق المذكور سابقاً.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 227، صفحة 204.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 135، صفحة 121، وبناء على إحالة حكم محكمة استئناف شامبيري، 15 تشرين الأول 1984، D.1986، صفحة 233، تعليق D.RAMBURE.

(5) انظر D.RAMBURE، التعليق الألف المذكور.

سبب يؤخذ به لحماية فريق شارك في صورة لا يمكن، من أجل ذلك، الاستفادة منها.

وفي هذا الاتجاه أصدرت الغرفة المدنية الثالثة حكمها الأحادي في 8 تموز 1992، في ظروف واقعية خاصة⁽¹⁾. كان أحد الأشخاص، في هذه القضية، وقد تصرف باتفاق تام مع مؤسسة مصرفية، قد باع عقاراً مكتسب ملكية أبهم، من أجل تمويل العملية، مع هذه المؤسسة، عقد قرض وإنما أيضاً اتفاقية عن طريق مخبر مع البائع، في سبيل أن يتفقد البائع في نهاية المطاف من مبلغ القرض، وتمسك المصرف الذي خسر دعواه التي أقامها ضد المسخر لضمان تسديد مبلغ القرض في طعنه بأن المسخر يجب أن يكون شخصياً ومباشرة ملتزماً تجاهه، حتى ولو كان على علم بصفته، عندما لا يكون للمكتب المضادة مفعول ضد الغير. وردت محكمة النقض هذا الطعن بحجة «أن محكمة الاستئناف، أخذت بسيادة، بأن CGIB [المصرف] اشترك بتبصر في صورة الإيضاحات التي يدعو توثيقها إلى الثقة، واستنتجت من ذلك بصواب أن المصرف ليس بإمكانه الإفادة من العقد الجلي ضد الأشخاص الذين تصرفوا بصفة مسخرين»⁽²⁾.

536 - الخلفاء بصفة كلية.

المقصود الورثة والموصى لهم بصفة كلية، وكذلك الزوجة في ظل شيوع الأموال بين الزوجين. وهم، عندما يصبحون حائزي ذمة أحد الفريقين المالية بكاملها أو قسم منها، ملزمون بتعهدات هذا الفريق، ولا سيما أن عليهم مراعاة العقد الموي⁽³⁾.

وقد حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 21 أيار 1979⁽⁴⁾، «بأن محكمة الاستئناف ردت بصواب الدعوى المبنية على زهادة ثمن البيع المزعومة طالما (...) أن السيدة Donadiu التي ليست غيراً، وإنما هي خلف بصفة كلية للواهبه كانت مرتبطة بتصرف العقد الموي»⁽⁵⁾.

بيد أنه يجب الحذر من أن الأمر ليس على هذا النحو إلا أن يقاضي الخلفاء مطالبين بحق كان يعود إلى مورثهم. وبالمقابل، إذا تمسكوا بحق خاص بهم أصحاب الغبن بالضرورة كان لهم تجاه هذه الضرورية صفة الغير. والأمر على هذا النحو بصورة خاصة بالنسبة إلى الورثة أصحاب الحصص المحفوظة الذين يطلبون تخفيض حصة مسترة⁽⁶⁾.

- (1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تموز 1992، النشرة المدنية، III، رقم 246، صفحة 151؛ مصنف الاجتماعات الدوري، 1993، الطبعة G، II، 21982، تمايق WIEDERKHER المجلة العملية للقانون المدني، 1993، صفحة 352، رقم 8، ملاحظة J.MESTRE.
- (2) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 137، رقم 141.
- (3) النشرة المدنية، III، رقم 112، صفحة 184، D.1979، صفحة 472 من التقرير.
- (4) انظر النقض المدني، 10 أيار 1905، D.P.1908، 1، صفحة 276؛ S.1906، 1، صفحة 92 - حكم غرفة المرائع، 11 كانون الأول 1918، S.1921، 1، صفحة 308 - حكم غرفة المرائع، 2 تموز 1922، S.1932، 1، صفحة 105 - النقض المدني، 11 نيسان 1927، S.1927، 1، صفحة 262 - 5 حزيران 1950، S.1951، 1، صفحة 138 - 13 آذار 1951، النشرة المدنية، I، رقم 91، صفحة 74 - وكذلك، بالنسبة إلى إعادة التبرعات كمقدم الإرث، بالمعنى عنه: النقض المدني، 10 أيار 1905، D.1908، 1،

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 24 تشرين الأول 1987⁽¹⁾، «بأن دعوى الرافق Malpel الذين يتمسكون فيها بالصورية من أجل الحصول على تخفيض الهيئات تشكل حقاً خاصاً بهم، واستنتجت محكمة الاستئناف من ذلك بصواب أن التقادم (مرور الزمن) لم يبدأ في السريان إلا من اليوم الذي كانت للورثة أصحاب الحصص المحفوظة إمكانية ممارسة هذا الدعوى، أي من يوم وفاة مورثهم».

537 - الخلفاء بصورة خاصة.

يعتبر الذين يرمون عقداً وقد وثقوا بالعقد الظاهري واعتمدوا على الوضع الذي أنشأ أنهم من الغير بالنسبة إلى الصورية. وهذا هو حال الذين اكتشفوا حقوق المالك الظاهري العينية⁽²⁾. وهكذا لمكتسب الملكية الثاني لحصص إحدى الشركات المدنية الذي كان يجهل الطابع الوهمي للتنازل الأولي الحق في التمسك بالعقد الجلي، ذلك بأن الكتاب المضاد غير محتج به تجاهه⁽³⁾. كما أن التنازل له عن دين بإمكانه الإفادة من المادة 1321 من القانون المدني⁽⁴⁾.

ودانوا الفريقين المرتهنون العقاريون هم غير أيضاً بمعنى المادة 1321 من القانون المدني⁽⁵⁾.

- صفحة 276؛ S.1904، 1، صفحة 82. انظر حول التبة الرقم 560 اللاحق. وعلى نقض ذلك، حكم غرفة المرافض، 2 آذار 1904، D.1904، 1، صفحة 815؛ S.1904، 1، صفحة 260. انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 136 وما يليها، رقم 141 وما يليه - J.D.BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، الأرقام 44 إلى 48، صفحة 286 ووصفة 287 - Leçon de droit civil - H.L. et J.MAZEUD، الجزء IV، المجلد الأول، الإثبات - الثبوتات، الطبعة الرابعة، 1982، تأليف A.BRETON، صفحة 435، رقم 337، التعليق 3 والصفحة 438، الرقم 340 - J. CARBONNIER، المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، صفحة 171، الفقرة 85، F.TERRÉ، Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 526، صفحة 397، التعليق 2 - G.MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 316، رقم 306.

(1) النشرة المدنية، I، رقم 308، صفحة 221.

(2) حكم غرفة المرافض، 22 أيار 1900، S.1901، 1، صفحة 144 - حكم غرفة المرافض، 16 آذار 1887، S.90، 1، صفحة 301 - النقض المدني، 25 شباط 1946، D.1946، 1، صفحة 1254؛ S.1946، 1، صفحة 187 - المجلة الفصلية للقانون المدني، 1948، صفحة 222، ملاحظة M. H et L. MAZEUD، PLANTOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 433، رقم 337 - M. DAGOT، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 143، رقم 148.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 حزيران 1986، النشرة المدنية، I، رقم 322، صفحة 278.

(4) حكم غرفة المرافض، 25 حزيران 1836، الاجتهاد العام V البيع، رقم 1831 - 20 - 22 شباط 1853، D.P.54، 5، صفحة 597 - النقض المدني، 15 أيار 1944، D.1944، 1، صفحة 85.

(5) انظر النقض المدني، 23 شباط 1835، الاجتهاد العام، V السجلات، رقم 3204 - 91 - 30 آذار 1836، المرجع عينه V، الاختيازات والرهونات العقارية، رقم 1208. وكذلك حكم محكمة استئناف ليرن، 3 نيسان 1851، D.P.55، 2، صفحة 12 - حكم محكمة استئناف هورنوبك، 19 كانون الثاني 1897، =

538 - الدائنون العاديون .

دائنو الفريقين العاديون الذين غالباً ما توجه ضدهم الصورية هم أيضاً من الغير بمعنى المادة 1321 من القانون المدني . والاجتهاد⁽¹⁾ والفقه⁽²⁾ مجمعان حول هذه النقطة . على أن ثمة تساؤلاً عما إذا كان الدائن العادي يمكن كذلك أن يكون ملزماً تجاه الغير عندما يمارس الدعوى غير المباشرة من أجل الإفادة من حق يعود إلى أحد الفريقين الذي هو مدنيته . الفقه منقسم⁽³⁾ . والاجتهاد يرفض أن يعتبر الدائن من الغير⁽⁴⁾ .

= D.P. 89, 2, صفحة 17 - حكم محكمة استئناف ليموج، 15 تموز 1899، D.P. 1902, 1, صفحة 55. لم يكن ثمة ما يدعو إلى التفرين تبعاً لمصدر الرهن العقاري . وقد جرى الحكم بأن الرهن العقاري القانوني بالنسبة إلى الزوجة يطال عقارات كان الزوج قد اكتسب ملكيتها كمشتر لشخص ثالث الذي كان المالك الظاهري في أونة الزواج : حكم محكمة استئناف ليرج، 14 تشرين الأول 1910، D.P. 1911, 2, صفحة 393، تعليق J.MAGNOL.

(1) حكم غرفة العرائض، 15 تموز 1896، D.P. 97, 1, صفحة 460 - النفق المدني، 8 آذار 1893، D.P. 93, 1, صفحة 243، S.93, 1, صفحة 193 - حكم غرفة العرائض، 3 كانون الثاني 1883، D.P. 83, 1, صفحة 416 - النفق المدني، 29 حزيران 1881، D.P. 82, 1, صفحة 106 - حكم غرفة العرائض، 15 شباط 1879، D.P. 79, 1, صفحة 401 - 18 آب 1874، D.P. 75, 1, صفحة 123 - 5 تموز 1870، D.P. 72, 1, صفحة 71 - النفق المدني، 11 أيار 1853، D.P. 53, 1, صفحة 287 - 16 كانون الأول 1840، الاجتهاد العام، V المراجعات، رقم 3204 - 30.

(2) انظر F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 526، صفحة 397 - B.STARCK, المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 987، صفحة 419 - AYNÈS, Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 625، صفحة 343 - S.FLOUR et J.-L. AUBERT, المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الخامسة، رقم 386، صفحة 321 - H.-L. et J. MAZBAUD et F. CHABAS, المرجع عنه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS, رقم 820، صفحة 941 وصفحة 942 - G. MARTY et Ph. RAYNAUD, المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 308، صفحة 315 - M. PLANIOL et G. RIPERT, المرجع عنه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P.ESMEIN، رقم 337 ورقم 340 - Ch. AUBRAY et Ch. RAU, Cours de droit civil français، الجزء XII، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 756 مكرر، صفحة 203 - Ch. DEMOLOMBE، المرجع عنه، الجزء VI، رقم 344 وما يليه . بالإهانة إلى M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 147، رقم 151.

(3) انظر اعتبار الدائن من الغير : Ch. BEUDANT, Cours de droit civil français، الجزء IX، العقود والمراجعات، تأليف G. LAGARDE et R. PERROT، رقم 980، صفحة 70 وصفحة 71 - F.DAVID، De l'action en déclaration de simulation، أطروحة في بواتييه، 1921، صفحة 42 - انظر في الانجاء المناقض : F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 526، صفحة 398 - B.STARCK، المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L. BOYER، رقم 997، صفحة 419، التعليق 185 - Ch. LARROUMET، المرجع عنه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 768، صفحة 825 - G. MARTY et Ph. RAYNAUD، المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 317، رقم 306 - M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P.ESMEIN، صفحة 438، رقم 340 - Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه.

(4) النفق المدني، 15 أيار 1914، D. 1916, 1, صفحة 72 - حكم محكمة استئناف تولوز، 22 أيار 1874، D.P. 1875, 2, صفحة 163، S.74, 2, صفحة 153 - حكم غرفة العرائض، 23 أيار 1870، D.P. 71, 1, =

ويمكن بالطبع الاعتبار أن الدائنين لم يكن من الممكن تحيلهم بمدنيهم عندما يقوم هذا المدين بعمل يجعله طابعه السري مشتبهاً به تجاههم. وبالمقابل جرى بيان أن الدائن المستفيد من المادة 1166 من القانون المدني يمارس الدعوى عينها التي تعود إلى مدنيته، فهو لا يجوز أي حق خاص به. ويوجد نفسه في وضع مدنيته نفسه الفريق في العقد الصوري. فليس في وسع الدائن إذا إقامة الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾. بيد أن محكمة النقض قبلت أن الدائن الذي يمارس الدعوى غير المباشرة يتصرف أيضاً باسمه الخاص ولمصلحته الشخصية⁽²⁾. وكان من المسموح به التفكير في أن هذا التطور كان من شأنه جعل الاجتهاد السابق عديم المفعول. فالدائن الذي يمارس حقاً خاصاً به يمكن اعتباره من الغير بالنسبة إلى الصورية التي لم يشارك فيها.

غير أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض طرحت، في 12 تشرين الأول 1982، استناداً إلى المادتين 1166 و 1321 من القانون المدني، من حيث المبدأ، «أنه ينتج عن التنسيق بين هذين التصيين أن الكتاب المضاد، في حالة الصورية، يحتج به في وجه دائني من قام بالتسجيل الذين يقاضون عن طريق الدعوى غير المباشرة فيمارسون جميع حقوق مدنيهم ودعواهم»⁽³⁾. ثم طُبِّقَ هذا المبدأ في حالة معقدة إلى حد ما شتهر صورة مفيدة للعلاقات بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البولائية ودعوى إعلان الصورية، وسيتم إذاً تفحصها في هذه المناسبة⁽⁴⁾.

إن العقد السري لا يحتج به تجاه الغير المحدد على هذا النحو، في حين أن بإمكانه الإفادة إما من العقد الظاهري، وإما من هذا العقد كما جرى تعديله بموجب العقد السري.

ب - لاحجية العقد السري تجاه الغير:

539 - تنجم لاحجية العقد السري تجاه الغير عن الأحكام الشكلية للمادة 1321 من القانون المدني.

يمكن تقديم هذه اللاحجية «كقاعدة بلديهية»، إذ لا يمكن أن يرى الغير نفسه قد تم الاحتجاج في وجهه بوجود كتاب مضاد كان مجهولاً منه كسلفة⁽⁵⁾: وجهل الوضع الواقعي

= 1، صفحة 109، 1، صفحة 151 - حكم محكمة استئناف غرونوبل، 23 شباط 1836، الاجتهاد العام، V، الموجبات، رقم 3204 - 1.

(1) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 148، رقم 152.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1970، مصنف لإجتهاادات الدوري، 1971، الطبعة G، II، 16920، تعليق M.D.P.S.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 284، صفحة 244، مجلة قصر العدل، 1983، صفحة 88 من المرجع، ملاحظة J.DUPICHOT.

(4) انظر الرقم 554 للاحق.

(5) B. STARRK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، صفحة -

أو القانوني لا يمكن أن يكون مصدر حق إلا ضمن بعض الشروط. وهناك توافق اليوم على أن لاحجية العقد السري هذه تطبق خاص لنظرية الظاهر⁽¹⁾. بيد أن هذه النظرية في وسعها تفسير القانون الرضعي بالكامل. وينبغي أيضاً الأخذ في الحسبان أنه من المهم متابعة إرادة إنشاء ظاهر كاذب يحيز الصورة⁽²⁾، حتى ولو كانت درافع فاعلي الصورة هي صحيحة، مما يستلزم مراعاة إرادتهم الحقيقية بينهم إلا أنهم أنشأوا إرادياً وضعاً كاذباً توخوا الاستفادة منه. ومما هو قابل للفهم في هذه الظروف أن يكون ثمة تطلب أقل للسماح للغير بالإفادة من الظاهر الناشئ على هذا النحو. وكان الأمر، على الأقل، على هذا النحو في العلاقات مع فاعلي الصورة⁽³⁾.

إلا أن الأمر لا يتعلق بدعوى المسؤولية؛ فليس على الغير تسوية أي ضرر. وبكفي أن يكون بإمكانه التمسك بمصلحة مشروعة⁽⁴⁾.

وقد ذكرت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 25 نيسان 1977، «بأن إدارة الضرائب لها الحق في استيفاء رسوم التسجيل حسب اشتراطات العقود وحدها الخاضعة لها بدون أن يكون عليها الأخذ في الحسبان الاتفاقيات التي تمت لتكون مستترة بالنسبة إليها». والحل مبني على المادة 636، الفقرة 2، من القانون العام للضرائب، بيد أنه أيضاً متوافق مع القانون العام⁽⁵⁾.

وصدر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 31 كانون الثاني 1989، حكم نقض لانتهاك المادة 1321 من القانون المدني، في قضية دفع فيها مؤثمن كاتب عدل، أي شركة M.G.F.A، دين شركة ضد مستخدمته السابقة لوضع نهاية لدعوى هذه الشركة

" 419، رقم 996. G. MARTY et Ph. RAYNAUD. المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 305، رقم 314.

(1) انظر بصورة خاصة F. CHABAS et J. MAZEAUD، H. L. et J. MAZEAUD، المرجع عنه، الطبعة الثانية، تأليف F. CHABAS، صفحة 936، رقم 810 وصيغة 946، رقم 829. Ch. LARROUMET، المرجع عنه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 768، صفحة 623.

(2) انظر F. TERRÉ، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 528، صفحة 397. M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 434، رقم 337. J. D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 263.

(3) انظر الرقم 544 اللاحق، حالة المنازعة بين الغير.

(4) F. CHABAS et J. MAZEAUD، H. L. et J. MAZEAUD، المرجع عنه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 942، رقم 822 - النقض المدني، 8 آذار 1893، D. 93، 1، صفحة 243. وكذلك H. L. et J. MAZEAUD، المرجع عنه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 937، رقم 810، التعليق 3، الاستناد إلى حكم أول آذار 1938، (D.H. 1938)، صفحة 259؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1938، II، 800، تعليق R. DALLANT، رفض إفادة الغير من العقد الظاهري عندما يكون هدف الصورة الاحتيال على القانون، والمناقشة لم تتم، في الحقيقة، على صعيد الصورة وإنما على صعيد المادة 2128 من القانون المدني؛ انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 185، صفحة 164.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 114، صفحة 98.

يهدف التحقق من أن مستخدمته السابقة وليس شقيقتها هي التي جعلت نفسها مكتسبة ملكية عقار أعيد بيعه للغير، الزوجين Bignebat، بواسطة الكاتب العدل المؤمن. وحكمت بأن «M.G.F.A.، في الظرف هذا ويكونها قد حلت محل الزوجين في حقوقهما»، أي الغير مكتسب الملكية، «الذي استفاد، في الإجراء الأولي، من العقد الظاهري، وكان يحق له اعتبار Elsa Bonaldo» شقيقة المستخدمة السابقة، «مدته، كان يحق لها أيضاً اعتبارها بهذه الصفة»⁽¹⁾.

إن الأمر، حسب السيد Mestre، لم يكن متعلقاً هنا إلا بمجرد إمكانية الحال الذي بإمكانه، إذا كانت مصلحته كذلك، أن يختار النوع الثاني من الخيار. ويوجد في ذلك، يكونه بديلاً عن المُحلّ في حقوقه، بالفعل، في الوضع الصحيح الذي كان يشغله المُحلّ في الأصل، على أنه يبقى أن من الممكن التنازل عما إذا كان المُحلّ ذاته بإمكانه تعديل اختياره الأول خلال الإجراء حسب المصالح المتغيرة. والحال، في الحالة السلبية التي تبدو معقولة، ينبغي أن لا يحوز إمكانية تعديل الخيار الأولي الذي لم يعد يملكه المُحلّ عند الحلول.

والغير، حسب حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض⁽²⁾، لن يكون مسموحاً له بإعادة النظر في المدفوعات التي تمت استناداً إلى الكتاب المضاد⁽³⁾. إن المسألة بكاملها، في الحقيقة، هي، في الواقع، تقدير ما إذا كان تنفيذ الكتاب المضاد قد وضع نهاية للظاهر الخادع الذي هدف إلى إنشائه. والغير، في الحالة السلبية، وهذا ما كانت عليه حال القضية التي أُنسحت في المجال لحكم 3 تموز 1882، يجب أن يجاز له الإفادة من الظاهر⁽⁴⁾.

والغير الذي يتوخى الإفادة من العقد الظاهري يجب أن يكون حسن النية. وهذا يعني أنه يقتضي أن لا يكون على علم، في الواقع، بالصورية، وكذلك أن لا يكون في وضع كان من الواجب أن يعرفه، ولا ميسراً بسبب العلنية التي يمكن أن تكون الصورية موضوعها.

540 - الغير على علم بالصورية.

الكتاب المضاد الذي لم يغيب عن ناظر الغير يحتج به ضده⁽⁵⁾. ويعود إلى فاعل

(1) النشرة المدنية I، رقم 52، صفحة 34؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، رقم 16، صفحة 544، ملاحظة J. MESTRE.

(2) 3 تموز 1882، S.82، 1، صفحة 1459 D.83، 1، صفحة 252.

(3) انظر في هذا الاتجاه Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه، الجزء XII، الطبعة السابعة، تأليف P. ESMEIN، اللغة: 756، صفحة 202 - VIGOUROUX، De la simulation dans les actes - المجلة العامة للقانون، 1889، صفحة 312 - وعلى تنفيذ ذلك D. BASTIAN، Essai d'une théorie générale de l'opposabilité، أطروحة في باريس، 1929، صفحة 218 وما يليها.

(4) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 162، رقم 164.

(5) حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض، 14 حزيران 1966، النشرة المدنية، IV، رقم 227، صفحة 204 - الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 حزيران 1953، النشرة المدنية III، رقم 216، صفحة 152 - حكم الغرفة العرائض، 15 تموز 1896، D.97، 1، صفحة 460 - النقض المدني، 8 آذار 1893، D.P.93، 1، =

الصورية، باعتبار حسن النية مفترضاً، إقامة إثبات هذه المعرفة⁽¹⁾.

541 - كان على الغير معرفة الصورية.

ليس على الغير، على عكس المبادئ التي تتوسس نظرية الظاهر، أن يثبت غلطاً لا يقهر أو هو مشترك. على أن بعض الأحكام يبين غلطاً كهذا⁽²⁾. بيد أن هذا التحقق ليس ضرورياً للسماح للغير بالإفادة من العقد الظاهري. ويكفي أن يكون الغير جاهلاً بالصورية ولم يكن عليه معرفتها.

وقد طرحت المسألة عندما يكون الكتاب المضاد موضوع علية مفروضة لحجته ضد الغير. وحكمت محكمة النقض، في مادة الحقوق العينية العقارية، بأنه إذا كان الكتاب المضاد الذي يحقق نقلاً قد جرى تسجيله فهو يحتج به ضد الغير الذي كان له حق خاضع للتسجيل ولم يقيم بتوفير علية إلا بعد تسجيل الكتاب المضاد⁽³⁾. غير أنه يبدو أن الغرفة المدنية، بعد أن أكدت ضرورة التوفيق بين الأحكام حول العلنية العقارية مع أحكام المادة 1321، طبقت في النهاية الأحكام الأولى⁽⁴⁾ بلا قيد أو شرط. والمسألة كلها هي معرفة ما إذا كان الكتاب المضاد بالنظر إلى العلنية، يمكن أن يعتمد عقداً مستتراً في نظر الغير في الآونة التي اكتسب فيها حقه. وفي حال التأكيد لا يمكن أن يكون محتجاً به ضده.

= صفحة 243 - F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 526، صفحة 397 - H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, المرجع عنه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 822، صفحة 943 - G. MARTY et Ph. RAYNAUD، المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 315، رقم 305 - Ch. LARROUMET، المرجع عنه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 768، صفحة 824 - M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، رقم 337، صفحة 435 - Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه، الجزء XI، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 756، صفحة 225 - Ch. DEMOLOMBE، المرجع عنه، الجزء VI، رقم 347، صفحة 296 وصفيحة 297.

(1) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 152، رقم 158 - P. NAUT، Effet des actes juridiques simulés، أطروحة في باريس، 1951.

(2) طبع على الآلة الكاتبة، رقم 54.

انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 156، رقم 160: الاستشهاد بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 حزيران 1953، مصنف الاجتهادات الدوري، 1954، II، 7908، تعليق D. BASTIAN، القرض المدني، 2 شباط 1959، مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، II، 11456، تعليق P. ESMEIN، 3 آذار 1963، D. 1964، صفحة 306، تعليق J. CALAIS-AULOY، 1964، S. 1964، 1، صفحة 1، تعليق A. PLANQUEL، مصنف الاجتهادات الدوري، 1964، II، 13502، تعليق J. MAZEAUD، المجلة القضائية للتانون المدني، 1964، صفحة 346، ملاحظة J.-D. BREDIN.

(3) النقض المدني، 18 أيار 1897، D.P. 97، 1، صفحة 505، تعليق P. DE LOYNES، 198، S. 98، 1، صفحة 225، تعليق A. TISSIER.

(4) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 153، رقم 159.

ج - إمكانية الغير في التمسك بالعقد السري.

542 - للغير إمكانية التمسك بالعقد السري ضد الفريقين. والمسألة أدق عندما يكون في نزاع مع غير آخر يستفيد من العقد الظاهري.

543 - بإمكان الغير التمسك بالعقد السري ضد الفريقين.

تستنتج هذه الإمكانية من المادة 1321 من القانون المدني التي تنص على أن الكتب المضادة «ليس لها مفعول ضد الغير». ويستتج من ذلك، استدلالاً بالضد، إن في استطاعته الإفادة منه.

كانت الدعوى ترجع في القرن التاسع عشر إلى تطبيق الدعوى غير المباشرة (المادة 1166 من القانون المدني)، أو إلى الدعوى الولائية (المادة 1167 من القانون المدني)، أو أيضاً إلى حق الرهن العام للدائنين العاديين. إن الدائنين، في الواقع، هم الذين لهم في أغلب الأحيان الإفادة من العقد السري عندما تهدف الصورة، ظاهرياً، إلى إخراج مال من ذمة مدنيهم المالية. وتنزع دعوهم عند ذلك إلى الالتباس مع الدعوة الولائية أو الدعوى غير المباشرة⁽¹⁾. بيد أن دعوى اعلان الصورية لا تلتبس مع الدعوى غير المباشرة أو الدعوى الولائية⁽²⁾. ويمكن، فضلاً عن ذلك، أن يمارسها غير دائني الفريقين.

وتكون الإمكانية المعطاة للغير في الإفادة من العقد السري أحياناً مبنية على حاجس معاقبة فاعلي الصورة بالسماح للغير في الاختيار، في الأحوال جميعاً، بين العقد الظاهري والعقد السري أي بالوضع الأكثر نفعاً له. بيد أن هذا الإسناد إلى المعاقبة إذا كان من غير الممكن استبعاده تماماً لا يبدو أنه ضروري، فالغير في وسعه الإفادة من العقد السري لأن هذا العقد السري هو الذي يعبر عن الاتفاقية المبرمة بين الفريقين، وهو الذي تخصص له الفعلية القانونية المعترف بها بين الفريقين في المادة 1134 من القانون المدني للاتفاقيات المكونة شرعاً. وما يستوجب تسويغاً هو الإجازة المعطاة للغير في الإفادة من مجرد الظاهر الناتج عن الصورة. وبإمكان الغير، بالمقابل، التمسك بالحقيقة لأنه من غير المسموح به للفريقين إنشاء حقيقتين، إحداهما مخصصة للغير والثانية لهما شخصياً. فالحقيقة هي واحدة وكل واحد بإمكانه الإفادة منها عندما تكون له مصلحة فيها.

(1) انظر بصورة خاصة حكم غرفة الحراضر، 27 تشرين الثاني 1855، D.56، 1، صفحة 27، S.56، 1، صفحة 432، وفيه يطالب دائر البائع، عن طريق دعوى غير مباشرة، الشاري بتكملة الثمن الموعود به لثباتهم في كتاب مضاد.

(2) انظر الرقم 553 اللاحق وما يليه.

إن الحل مقبول بالإجماع، في الفقه⁽¹⁾ أو في الاجتهاد⁽²⁾.

وكما ذُكرت بذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 19 حزيران 1984⁽³⁾، في تعابير مدنية، «ينجم» عن المادة 1321 من القانون المدني «إن للغير، في حالة الصورة، عندما تكون له مصلحة فيها، الحق في الإفادة من العقد السري». واستنتجت من ذلك أن بإمكان أرملة الإفادة من كون أحد بناتها كانت مسخرة لأبيها عند البيع في مزايدة عقار مشترك بناء على طلب الدائنين المرتهنين العقاريين، بحيث أن زوجها «كان المكتسب الحقيقي للملكية المال». وأضافت أن محكمة الاستئناف، تطبيقاً للمادة 12، الفقرة الأولى، من قانون الإجراء المدني الجديد، «قد روجعت، بدعم إدعاء ينزع إلى إعادة العقار المتنازع فيه إلى الكتلة المعدلة للتقسيم، بوسيلة الصورة التي تمت عن طريق تسخير الأشخاص، كانت ملزمة بتطبيق المادة 1321 من القانون المدني، وذلك ولو لم يتم التمسك صراحة بهذا النص».

وفي وسع مكتب ملكية عقار خلف البائع بصفة خاصة، إذا كان العقار المباع مؤجراً وإذا كان ثمة كتاب مضاد بين البائع والمستأجر يزيد مبلغ بدل الإيجار الظاهري، الإفادة من هذا الكتاب المضاد ومطالبة المستأجر بكامل بدل الإيجار العتق عليه فعلياً⁽⁴⁾. كما أن

(1) F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 528، صفحة 399. B. - 345. المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 629، صفحة 345. STARCK، المرجع عنه، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 998، صفحة 420. F. CHABAS، المرجع عنه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 936، صفحة 810. وصفة 943، رقم 823. G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الثانية صفحة 316، رقم 306. M. RIPERT et J. SOULANGER، المرجع عنه، الجزء II، رقم 610، وما يليه. M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 436، رقم 338. Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه، الجزء XII، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 750 مكرر، صفحة 257. Ch. BEUDANT، المرجع عنه، الجزء JIX، تأليف G. LAGARDE et R. PERROT، رقم 979، صفحة 70، إضافة إلى M. DAGOT، J. RDUSSEAU، Essai sur la notion juridique de...، رقم 289، صفحة 283، رقم 289. J. RDUSSEAU، simulation، أطروحة في باريس، 1936، رقم 2، صفحة 2، وصفة 3. F. DAVID، De l'accol en...، صفحة 9. déclaration de simulation، أطروحة في براتيه، 1921، صفحة 9.

(2) حكم الغرفة الاجتماعية لي محكمة النقض، 19 حزيران 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 752، صفحة 557. حكم غرفة العرائض، 25 نيسان 1939، مجلة قصر العدل، 1946، 1، صفحة 186، 1946، 1، صفحة 187. D. 1946، 254، صفحة 254. مجلة الفصلية للقانون المدني، 1946، 222، ملاحظة H. et L. MAZEAUD، النقص المدني، 11 نيسان 1927، 1927، 1، صفحة 262. 2 نيسان 1924، 1927، 1، صفحة 38. حكم غرفة العرائض، 9 تشرين الثاني 1891، 1891، 1، صفحة 78، 194، 1، صفحة 151. 23 تموز 1888، 1888، 1، صفحة 243. 16 آذار 1887، 1887، 1، صفحة 301. 5 نيسان 1880، 1880، 1، صفحة 31. 25 تموز 1864، 1864، 1، صفحة 452. 20 آذار 1832، 1832، 1، صفحة 442.

(3) النشرة المدنية، 1، رقم 205، صفحة 172. مجلة قصر العدل، 1985، بانوراما، صفحة 87، ملاحظة A. PIEDELÉVRE.

(4) النقص المدني، 25 شباط 1946، المذكور سابقاً.

مكتب ملكية ريفية معطاة للمزارعة (بالشراكة) بإمكانه التمسك بالكتاب المضاد بين المؤجر الأصلي والمزارع بالشراكة الذي يزيد مبلغ حصة المؤجر الحقيقية⁽¹⁾. وأخيراً في وسع دائني شخص اكتسب ملكية مال تحت غطاء شركة وهمية الحصول على إعادته إلى ذمة مدتيهم العالية⁽²⁾.

وإدارة السجل العقاري بإمكانها بالطبع، كما سبق أن رأينا⁽³⁾، إظهار الطابع الحقيقي للعمود، على سبيل المثال بيان أن المقايضة تخفي البيع⁽⁴⁾. غير أن مجرد واقعة التحقق من وجود اتفاقية مستترة تعدل العقد الظاهري لا يكفي لتمييز صورة بيع مؤسسة تجارية، على سبيل المثال، تحت ظاهر إجارة إدارية، وينبغي كذلك اللجوء إلى تحليل معقد للموجبات الناتجة عن الكتاب المضاد⁽⁵⁾.

وقد بينت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 17 تشرين الأول 1989⁽⁶⁾، «أن السيد Buessard الذي أراد، عقب تصفية سابقة للأموال، استعادة النشاط عينه عن طريق مسخر، كان النشاط الحقيقي لمؤسسة France omélioration confort التي أنشأها زوجته، وأن الزئبين والموردين لم يتصلوا إلا به وأن غياب نشاطين صوازيين، الأول باسم السيدة Buessard والثاني باسم الزوج، لا يشكل سوى ظاهر بالنظر إلى الالتباس بين الاستثمارين». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف، في حالة هذه التحقيقات التي تظهر الطابع الوهمي للدور الذي تضطلع به السيدة Buessard في المؤسسة التي لم تكن سوى مسخر للبشر الحقيقي، سؤغت قانوناً حكمها» القاضي بامتداد التصفية القضائية المحكوم بها على السيدة Buessard إلى السيد Buessard.

544 - النزاع بين مختلف أنواع الغير المتمسك بالعقد الظاهري.

بإمكان الغير الإفادة من العقد السري ضد فاعلي الصورة، وكذلك ضد غير آخر سيء النية يرى أن الكتاب المضاد لم يكن مخفياً. فهل تبقى هذه الإمكانية قائمة ضد الغير حسن النية المسموح له، بهذه الصفة، بالإفادة من الظاهر الذي أنشأه فاعل الصورة؟ إن نزاعاً كهذا يمكن أن يقوم بين دائني كل فاعل صورية. وأمام بيع وهمي يكون لدائني البائع مصلحة في التمسك بالحقيقة، في حين أن دائني مكتب الملكية يفضلون التمسك بالظاهر. وهذا النزاع

(1) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 حزيران 1958، المذكور سابقاً.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1971، النشرة المدنية 1، رقم 270، صفحة 228 - حكم محكمة استئناف روان، 6 حزيران 1973، مجلة قصر العدل، 1973، 2، صفحة 910، تعليق P. PIEDÉLIEVRE، السجلة الفصلية للقانون المدني، 1974، صفحة 166، تعليق G. CORNU.

(3) انظر الرقم 534 لاحقاً.

(4) حكم غرفة العرائض، 19 كانون الأول 1938، S. 1939، 1، صفحة 87.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 47، صفحة 39.

(6) النشرة المدنية، IV، رقم 253، صفحة 170.

يمكن أيضاً أن يقر بين وريث من أصحاب الحصص المحفوظة والخلف بصفة خاصة للمستفيد من هبة مسترة كان المال الموهوب قد بيع أو جرى رهنه عقارياً.

إن مبدأ سلطان الإرادة قاد في القرن التاسع عشر وفي بداية القرن العشرين إلى تغليب الحقيقة على الظاهر. ردهوى إعلان الصورة، وهي بمثابة إبطال للعقد، كانت تؤدي إذاً إلى تقويض جميع الحقوق المكتسبة على أساس العقد الظاهري⁽¹⁾. إلا أن النزعة السائدة هي اليوم تفضيل من يتمسك بالظاهر⁽²⁾.

وعند القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين صغرت عدة أحكام في هذا الاتجاه⁽³⁾ ويبدو أن هذا الرأي كرسه الغرفة المدنية في محكمة النقض في حكم 25 نيسان 1939⁽⁴⁾.

(1) انظر بصورة خاصة حكم محكمة استئناف باريس، 5 حزيران 1905، D.P. 1908، 2، صفحة 129، تعليق A. WAHL، S. 1907، 2، صفحة 273، تعليق A. WAHL، وبناء على طعن، النقض المدني، 13 تشرين الثاني 1912، D.P. 1913، 1، صفحة 433، تعليق P. DE LOYNES، 1، S. 1914، 1، صفحة 150، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1913، صفحة 215، رقم 4، ملاحظة E. LÉVY - النقض المدني، 29 تشرين الأول 1890، D.P. 91، 1، صفحة 76 - حكم غرفة المرافض، 25 كانون الثاني 1847، D. P. 47، IV، صفحة 342.

(2) F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عنه الطبعة الخامسة، رقم 529، صفحة 400 - B. STARCK، المرجع عنه، الطبعة الرابعة رقم 629، صفحة 345 - H. ROLAND et L. BOYER، تأليف المرجع عنه، الطبعة الرابعة، 36، صفحة 143 وصفحة 144 - H. L. et J. MAZEAUD et P. CHABAS، المرجع عنه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 943، رقم 824 - J. FLOUR et J. LAUBERT، المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الخامسة، رقم 389، صفحة 322 - Ch. LARROUMET، المرجع عنه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 770، صفحة 828 - G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 308، صفحة 318 وصفحة 319 - G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عنه، الجزء II، رقم 607 ورقم 614 - M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 436، رقم 339 - Ch. BEUDANT، المرجع عنه، الجزء IX، تأليف G. LAGARDE et A. PERROT، رقم 982، صفحة 73 وصفحة 74 - Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه، الجزء XII، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 756، صفحة 206. وعلى نقبيش فلك J. CARBONNIER، المرجع عنه، الطبعة السادسة عشرة، صفحة 176، الفقرة 88 - A. ROUAST، تعليق على حكم المحكمة المدنية في سين، 16 تموز 1943، D.C. 1944، 19 - A. WAHL، تعليق على حكم محكمة استئناف باريس، 5 حزيران 1905، S. 1907، 2، صفحة 273.

(3) حكم محكمة استئناف نيم، 18 آذار 1929، D. 1929، 2، صفحة 68، تعليق G. GABOLDE - حكم محكمة استئناف ليون، 14 تشرين الأول 1910، D. 1911، 2، صفحة 393، تعليق J. MAGNOL - حكم محكمة استئناف أورليان، 10 شباط 1876، D. 77، 2، صفحة 113 - النقض المدني، 2 شباط 1852، D. 52، 1، صفحة 49.

(4) D.C. 1940، 1، صفحة 12، تعليق G.L. 1939، D.H. 1939، 305، مجلة قصر العدل، 1939، 2، صفحة 157، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1939، صفحة 790، ملاحظة H. SOLUS، أضيف إلى ذلك: رقم 86 - انظر في الاتجاه عكسه حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 14 كانون الأول 1944، S. 1946، 1، صفحة 105، تعليق R. PLAISANT. وكذلك حكم المحكمة المدنية في سين، 16 تموز =

وفي دعوى بين دائن ومن عقاري على مكتسب الملكية وخلف ناقل الملكية، عقب النقل الوهمي لملكية عقار، حكمت «أنه في هذا الوضع، وفي حين أن الخصمين يمارسان في اتجاه معاكس، إمكانية الخيار التي تميزها المادة 1321 من القانون المدني، تمكن قضاة الأساس من إعطاء التفضيل الحق الدائن المرتهن، أخذاً في الاعتبار الغلط الذي أحدثته القوة غير المرئية للظواهر في ذهن هذا المقرض حول قيمة المستند الجلي ومئاته الذي يبدو أن عليه ارتكزت الحيازة الهادئة والممتدة للمقترضين منشئي التأمين العيني».

على أنه ينبغي فهم هذا الحكم. أنه لا يعني أن الغير، على صعيد المادة 1321 من القانون المدني، الذي يستفيد من الظاهر يجب أن ينتصر دائماً إذا كان حسن النية. هناك مطلب أكثر. يقتضي، وفقاً للمبادئ العامة لنظرية الظاهر، أن يتمكن من الإفادة من الغلط الذي لا يظهر وهذا يعني في الحقيقة أن النقاش لم يعد متروكاً في أرضية الصورية طالما أنه ليس ثمة أي فاعل للصورية في القضية. إن القواعد التي تسوس الحقوق القابلة لإنشاء الظاهر هي وحدها المطبقة. وقد صدر حكم عن الغرفة المدنية في 3 نيسان 1963⁽¹⁾ طبق مباشرة المبادئ عينها، وقد غلب، في قضية مشابهة للقضية التي أدت إلى صدور حكم 25 نيسان 1939 المذكور سابقاً، الظاهر أيضاً، وإنما بدون طرح المسألة على أرضية الصورية⁽²⁾.

وبالمقابل يبدو أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض اعتمدت في 22 شباط 1983⁽³⁾، على الأرضية نفسها، حلاً مخالفاً قد طرحت بالفعل، من حيث المبدأ، عن طريق ملاحظات القاضي خلال النقاش، طالما أنها تحققت سابقاً، «إنه لم يكن ثمة خلاف بين الشركاء في الإرث (...). في شأن العقد الذي يجب تطبيقه طالما أنهم طالبوا جميعاً بلا حجية الكتاب المضاد»، وأن المادة 1321 من القانون المدني، حتى في حال النزاع حول

= 1943، مصنف الاجتهادات الدوري، 1945، 2، 2743، تعليق R. BECQUÉ، D.C. 1944، صفحة 20، تعليق A. ROUAST، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1944، صفحة 187، ملاحظة H. SOLUS. وفي الاستئناف محكمة استئناف باريس، 11 أيار 1945، مصنف الاجتهادات الدوري، 1945، 2، 2743، تعليق R. BECQUÉ، D. 1947، صفحة 62، تعليق J. HAMEL، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1945، صفحة 201، ملاحظة H. SOLUS. وبناء على طعن، النقض المدني، 10 أيار 1949، D. 1949، صفحة 277، تعليق R. LENOAN، S. 1949، صفحة 189، تعليق H. BULTE، مصنف الاجتهادات الدوري، 1949، II، 4972، تعليق R. BECQUÉ. انظر حول هذا الحكم وتطور الاجتهاد M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 288 و صفحة 289، رقم 294.

(1) D. 1964، صفحة 306، تعليق J. CALAIS-AULOY، S. 1964، 1، صفحة 1، تعليق A. PLANQUEEL، مصنف الاجتهادات الدوري، 1964، 2، 13502، تعليق J. MAZEAUD، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1964، 384، ملاحظة D. BREDIN.

(2) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 296 وما يليه. وكذلك، حول تطور الاجتهاد وتفسيره، J. CARBONNIER، المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، الفقرة 88، صفحة 175 و صفحة 176.

(3) الشرة المدنية، I، رقم 71، صفحة 62، مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة G، II، 20359، تعليق J. P. VERSCHAVE.

هذه النقطة، لا تسمح لبعض الورثة بالاحتجاج به ضد الآخرين - مما يضر بهم - ما دام أن هؤلاء على الأقل، هم حسن النية. ويتج عن هذا الحكم أن الغير الحسن النية الذي يتوخى استبعاد تطبيق العقد السري ضده يجب أن يكون مفضلاً على الغير الذي يستفيد من هذا العقد. إن الحل مسرّع صراحة بهذه الملاحظة بأن العقد السري، وفقاً للمادة 1321 من القانون المدني، لا يمكن أن يضر بالغير، إنها قاعدة تغلب على القاعدة التي بمقتضاها في وسعه دائماً الإفادة من الحقيقة عندما تكون نافعة له.

ولا يمكن تسويغ هذا التفضيل المعطى للعقد الظاهري هنا بإرادة معاقبة فاعلي الصورة، طالما أن الغير، بالتعريف، هو أيضاً حسن النية لأنه لم يشارك في الصورة حتى أنه ليس على علم بها. وكذلك لا يوجد هنا تسويغ خاص يتيح تلطيف تطلبات نظرية الظاهر بسبب الصورة التي أوجدتها المدعى عليهم. والتسويغ الوحيد لحل حكم 22 شباط 1983 هو نصي إذن. فالمادة 1321 من القانون المدني لا تفرق بين المدعى عليهم الذين يمكن للغير أن يحتج ضدهم بأن «الكتب المضادة لا يمكن أن يكون لها مفعول إلا بين المتعاقدين: ليس لها أي مفعول ضد الغير». على أن البرهان ليس بدون رد عندما تكون القاعدة الأخرى، كما رأينا، المستنتجة، استدلالاً بالضد، من النص عينه، وبمقتضاها يمكن للغير أن يفيد من العقد السري عندما يأمل ذلك، يعتبرها الاجتهاد كنص قانوني يلزم قضاء الأساس بتطبيقه حتى ولو لم يتم التمسك به⁽¹⁾. ثمة تنازع إذاً بين قاعدتين لهما القوة القانونية عينها، سبب تفضيل بعض الغير يمكن عندئذ أن يكون صعب الاستنتاج من مجرد قراءة إحداها.

يمكن إذاً تعين أن القاعدة هي أن العقد السري لا يمكن أن يكون له مفعول بالنسبة إلى الغير الذي يملك فقط إمكانية العدول عن الاستفادة من هذه القاعدة، وإنما شريطة أن يكون الجميع متفقين في هذا المعنى⁽²⁾. بيد أن القاعدة في الحقيقة هي أن العقد السري ليس له مفعول «ضد الغير». ولا يمكن بالتالي أن يكون ثمة عدول بصواب عن نص كهذا. هناك بالأصح مكان لقاعدة أخرى بمقتضاها، استدلالاً بالضد، يمكن أن يكون للعقد السري مفعول لصالحه، كما يوجب إمكانية التذرع به من الغير الحسن النية، أيّاً كان، بالطريقة نفسها كما في الحل الوارد مباشرة في المادة 1321 من القانون المدني.

ويبدو أخيراً أن الحل السابق المستنتج من القواعد التي توسم الظاهر منطقي أكثر ما دام أن الأمر يتعلق بنزاع بين الغير بالنسبة إلى الصورة.

الفقرة 2 - أعمال مقاعيل الصورية

545 - لكي يمكن أن تتحقق المقاعيل القانونية التي سبق بيانها بنهني أن تكون فعلاً

(1) حكم الغرفة المحلية الأولى في محكمة النقض، 20 حزيران 1984، النشر المدنية، I، رقم 205، صفحة 172. انظر الرقم 542 السابق وما يليه.

(2) انظر J. P. VERSCHAVE المذكور سابقاً.

ثمة صورية. ويقتضي، فضلاً عن ذلك، أن تكون الصورية قد جرى التحقق منها. من المناسب بالتالي تمييز مجال الصورية وتكوينها.

I - مجال الصورية

546 - عرّف السيد Dagot الصورية بأنها إنشاء إرادي لظاهر خادع. غير أنه يبدو أن المفاعيل القانونية لا تميز الصورية، بالمعنى التقني للتعبير، ولا يمكن أن تنجم إلا عن إنشاء تواطؤي لاتفاق لإرادة ظاهري.

1 - للصورية، إنشاء إرادي لظاهر خادع.

547 - الكتاب المضاد، بمعنى المادة 1321 من القانون المدني، عقد خطي وسري يثبت اتفاقية الفريقين الحقيقية المستترة في ظاهر كاذب للعمل الجلي. إن الأمر هنا يتعلق بتعريف تأويلي ومادي بشكل أساسي للصورية. وهذا المفهوم تلهمه الفقه المعاصر بصورة عامة⁽¹⁾، ويقود إلى إخضاع وجود الصورية، بالمعنى التقني، للتحقق من عقد سري ومن اتفاق بين الفريقين ومن إمكانية تحييد العقد الحلي بالعقد السري.

وكان هذا المفهوم الضيق للصورية موضع انتقاد. . ويؤخذ عليه بصورة خاصة تعريف هذا المبدأ انطلاقاً من المفاعيل المعترف له بها في المادة 1321 من القانون المدني، في حين أن الأمر يتعلق بواقعة ينبغي أن يأخذ القانون في الحسبان مظاهرها كافة والصورية، حسب هذا المفهوم، يجب التحقق منها في كل مرة ينشئه فرد أو عدة أفراد، إرادياً، ظاهراً خادعاً⁽²⁾.

من الصحيح، في الواقع، أن الاجتهاد يطبق مفهوماً للصورية على أوضاع لا تدخل إلا بصعوبة في توقعات واضعي نص المادة 1321 من القانون المدني. والأمر على هذا النحو مثلاً في الزواج الصوري الذي لا تتوقف صحته على وجود كتاب مضاد وإنما على حقيقة رضا الزوجين.

إن تحرير كتاب مضاد، بصورة عامة ليس من جوهر الصورية. من الاستثنائي مثلاً، في الهبات المستترة، أن يكون ثمة كتاب مضاد خطي. فالمرحوب له يثق بالروابط⁽³⁾. وهذه الملاحظات قادت السيد Dagot إلى الأخذ بمفهوم واسع جداً للصورية المعرفة بأنها إقامة

(1) انظر التعبير الأدق في شأنه في J.-D. BREDIN، السقالة المذكورة سابقاً، في مواضيع مختلفة، وM. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع ههنا، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 289، ورقم 300.

(2) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الصفحات 11 إلى 13، رقم 2.

(3) انظر أيضاً حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الأول 1972، النشرة المدنية، I، رقم 280، صفحة 247، إخفاء قرض ربيوي عن طريق الأكتئاب في حصص شركات مدنية مقاربة وهدية قام به المقرضون كمسخر للمقترض المنشط العقاري، ولم يكن هناك، في هذه القضية حيث جرى التحقق من تخيير الأشخاص، أي كتاب مضاد يحفظ حقوق الموكل المستتر، طالما أن العملية مبررة بكاملها لصالح مقدمي المال.

وزن إجمالي «للكذب في المجال القانوني»⁽¹⁾. والعنصر العادي الوحيد غير المتنازع فيه هو التناقض بين الظاهر والحقيقة. والصورية تنقلص أخيراً إلى عنصر نفسي: إرادة الخداع بإنشاء ظاهر كاذب⁽²⁾.

وعندئذ يمكن أن تتدخل حتى خارج الأعمال القانونية. على سبيل المثال في وضع أحد الأشخاص أو إحدى الشركات، وكلاهما مهدد بدعوى أمام القضاء وشبكة التقديم، أن يقوم الشخص بنقل ظاهري لمكته أو الشركة لمركزها⁽³⁾. على أن مفهوماً كهذا يظهر واسعاً جداً.

ب - الصورية لإنشاء تواطوي لاتفاق ظاهري للإرادات.

548 - إذا كان تنقليص الصورية إلى نظرية تأويلية للكتاب المضاد مغرطاً فإن تومسيه إلى أي فعل إرادي أنشأ ظاهراً كاذباً متنازع فيه بدرجة أقل.

إن إرادة الخداع لا توجد في فرضيات الصورية جميعاً. فلإرادة إخفاء الحقيقة خلف ظاهر غير صحيح، في غياب نية الغش، لا يمكن تحليلها كإرادة خداع فهذه الإرادة لا يمكن أن تستفيد من الحياد الخلقي الذي يعترف به القانون الوضعي للصورية. والصورية، مهما قال فيها السيد Dagot، وهي المتميزة هكذا بظاهر خادع بالاستقلال عن الإروالية المستخدمة والنتيجة المتوخاة، تفترق بصعوبة عن الخداع (أو التلليس). إن السيد Dagot يستبعد على الأكثر، هذه الإرادة عينها من الخداع عندما يعرف موضوع دعوى إعلان الصورية كمجرد إعادة إثبات الحقيقة. وهكذا تنقلص مفهوم الصورية، حسب هذا المؤلف، إلى إقامة وزن للكذب وبشكل أدق إلى تحديد مقياس التسامح، ومفاعيله بالنسبة إلى فاعليه أو الغير.

ومن المسموح به التفكير في أن مفهوم الكذب التواطوي الذي يميز التحليل التقليدي للصورية بناظر شيئاً أكثر خصوصية يتوخ نظاماً خاصاً.

وتفترض الصورية، بالمعنى التقني للتعبير، توافق الإرادات الظاهري الذي يضاف إليه اتفاق حقيقي وسري. فنظرية الصورية ترتكز إذاً على تحديد في أي حالات وبالنسبة إلى أي أشخاص يمكن أن ينتج في المجموعة المكونة من هذين العقدين فيهما، عند الاقتضاء، أحدهما، المنفصل عن الآخر، مفاعيل قانونية.

وليس ثمة صورية في غياب اتفاق سري معدّ لتعديل العقد الجلي⁽⁴⁾.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 1، رقم 1.

(2) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 26 وما يليه.

(3) انظر J. VIDAL، Théorie générale de la fraude en droit français في تولوز، 1957، صفحة 186 وما يليها - M. DAGOT، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 231، رقم 232.

(4) الأمر على هذا النحو، مثلاً، إذا استخدم المقرض، بدلاً من المسخر، الإعلان عن العاثر الحقيقي. والبالغ في هذه الحالة، يعرف أن المتعاقد الظاهري يحمل لحساب شخص آخر تسبب موجلة فقط.

وينبغي أيضاً وجود اتفاق الفريقين. وهذا الاتفاق يتبع عن المجموعة المكوّنة من العقد الظاهري المعدل بالكتاب المضاد. ووجوده، بدون أن يشكل موضوع نقاش، يؤكد ضمنياً معظم المؤلفين⁽¹⁾.

وليس من الضروري بالمقابل، أن يكون الفريقان قد حررا كتاباً مضاداً يتبع لهما الحفاظ، تحت تبعيتهما المباشرة والحاصرة، على فعالية العقد الجلي⁽²⁾. ويكون العقد صورياً أو رهيماً بمجرد كونه لا يعبر إلا عن اتفاق ظاهري وبدون أن يكونا من الضروري قد دوناً لإرادتهما المعاكسة في كتاب مضاد.

وينبغي أن يكون للفريقين، منذ إبرام العقد الجلي، إرادة حقيقية مشتركة مختلفة عن الإرادة التي عبراً عنها. والعقد السري الذي يعدل العقد الجلي أو يكمله بعد إبرامه لا يجعل من هذا العقد الأخير صورياً طالما أنه عبر، في وقت إبرامه، عن إرادة الفريقين الحقيقية⁽³⁾.

وليس مما لا غنى عنه أن يكون العقد السري قد سبق أن جرى تحريره، أو في أي حال في وقت إبرام العقد الجلي ذاته. يكفي أن يكون هناك تزامن فكري، إذ توخى الفريقان جعل مفاعله متوقفة على الكتاب المضاد⁽⁴⁾. وبإمكان قضاء الأساس والتقديرية للفريقين في أونة العقد الأخذ في الحسبان مستندات لاحقة⁽⁵⁾.

(1) انظر بصورة خاصة F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 516، صفحة 392 - J. CARBONNIER، المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، صفحة 168، الفقرة 84 - A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 35، صفحة 140 - G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 300، صفحة 310 وصفحة 311 - Ch. LARROUMET، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثانية، 265، صفحة 820. على أن الصورية، في الواقع، غالباً ما يفرضها أحد الفريقين على الآخر: M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMBIN، رقم 333، صفحة 429.

(2) انظر مع ذلك J.-D. BREDIN، J.، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 269، رقم 15.

(3) انظر بهذا المعنى، حكم محكمة استئناف باويس، الغرفة الثانية A، 19 أيار 1982، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، IV، صفحة 210.

(4) انظر J.-D. BREDIN، J.، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 266، رقم 9 - F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، صفحة 392، رقم 546 - A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 35، صفحة 141 - G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 311، رقم 300 - H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 935، رقم 808، قارن Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، الجزء VI، رقم 322، صفحة 282.

يمكن أن نجد أيضاً الحل الذي أخذت به الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض تنازحاً فيه. وقد ورد في حكم 14 تشرين الثاني 1982 (النشرة المدنية، III)، رقم 305، صفحة 444. فقد اعتبر قضاء الاستئناف أمام عدد ملزم للطرفين بالبيع مع دفعات على الحساب كانت موضوع تسليم كميات مقبولة، إن الوعد جرى الرجوع عنه بوعده أحادي الجانب بالبيع في اليوم ذاته، وإنما لاحقاً، ينص على ثمن يدفع لنقط لسوق العقد. ومن المضحك به التفكير في أن العقد الثاني كان هدفه الوحيد التخلص من الدفع الفوري لرسوم التسجيل كما ادعى البائع. إلا أن هذا البائع أهمل تحرير كتاب مضاد كان سيتيح له تجنب العقد الجلي.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 حزيران 1975، النشرة المدنية، I، رقم 191، صفحة 152.

وهوية الفريقين أخيراً في العقد الظاهري والعقد السري مفروضة⁽¹⁾. ولكنها ليست من جوهر الصورة. وهي غير موجودة بالفعل في تسيير الأشخاص. والفريقان في العقد، في التعريف، لهما الفريقين ذاتهما في العقد السري.

II - التحقق من لصورية

549 - كانت دعوى إعلان الصورة ملتبسة لمدة طويلة إلى حد ما مع الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليانية. وهناك توافق اليوم على الاعتراف لها بنظام مستقل. بيد أن المسائل الأساسية تطرح عملياً بالنسبة إلى البينة على الصورة، طالما أن على المدعي تفويض ظاهر أنشاء فاعلو الصورة إرادياً، وفي الغالب بكثير من المهارة⁽²⁾.

أ - دعوى إعلان الصورة.

550 - استقلالية دعوى إعلان الصورة.

دعوى إعلان الصورة، التي غالباً ما تلتبس في الأصل مع الدعوى البوليانية والدعوى غير المباشرة، يعترف لها اليوم الاجتهاد⁽³⁾ والفقهاء بأنها دعوى مستقلة ذاتياً. على أن المؤلفين يكتفون عموماً بتعريفها بالنسبة إلى الدعوى المباشرة والدعوى البوليانية بالتحديد أنها تهدف فقط إلى إثبات الحقيقة وأنها ليست خاضعة لشرط معارضة هاتين الدعويتين⁽⁴⁾.

وقد جهد السيد Dagot⁽⁵⁾ في أن يعرّف بصورة أدق الموضوع الخاص لدعوى إعلان الصورة. إن هذا الموضوع، في عرقه، مجرد إعادة الحقيقة بتدمير الظاهر. ولا تظهر

(1) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 حزيران 1961، النشرة المدنية، I، رقم 283، صفحة 242 - القضاة المدني، 13 كانون الثاني 1953، النشرة المدنية، I، رقم 15، صفحة 12.

(2) حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 17 نيسان 1974 (النشرة المدنية، III، رقم 149، صفحة 112)، بأن التمسك بالصورة يشكل منازعة جدية لا يمكن أن يبت بها قاضي المصلحة. انظر بالمعنى حيث حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 5 تموز 1978، النشرة المدنية، III، رقم 282، صفحة 217.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى، 9 تشرين الثاني 1971، النشرة المدنية، I، رقم 284، صفحة 242؛ D.S. 1973، صفحة 302، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 778، ملاحظة Y. LOUSOUARN، تقرير «أن دعوى إعلان الصورة تتقدم بمرور ثلاثين سنة».

(4) انظر بصورة خاصة B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 999، صفحة 421، M. PLANIOL et O. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 441، رقم 344، G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 317، رقم 308.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً الصفحات 271 إلى 273. قارن بـ F. TERRÉ، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، صفحة 1059 وصيغة 804، Ch. LARROUMET، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 769، صفحة 826 وصيغة 827.

استقلالية دعوى إعلان الصورية بالنسبة إلى الدعويين غير المباشرة والبوليانية وحسب، وإنما أيضاً بالنسبة إلى دعوى اللأحية أو دعوى البطلان وهما، طبعياً، تنتمتا للمنطقية. ولا يمكن، بصورة خاصة، أن تنقلص دعوى إعلان الصورية إلى مجرد نقاش حول البينة السابقة لممارسة مختلف النشاطات اللاحقة.

وكانت لاستقلالية دعوى إعلان الصورية التي أظهرها التحليل الفقهي ميزة إبراز إعادة حقيقة الشروط غير الملائمة عندما تكون مأخوذة عن دعاوى متميزة، ولا سيما الدعوى البوليانية. ومن المسموح به مع ذلك التفكير، إذا كان صحيحاً أن إعادة الحقيقة، أو تمييز الظاهر، لا سيما من جهة الغير، لا تحتاج إلى اعتماد فناء الدعوى البوليانية، في أن ذلك لا يتوجب بالضرورة أن يكون من الملائم جعلنا دعوى مستقلة ذاتياً. فهذه الاستقلالية لا تتسرع بالفعل، إلا أن يكون لها موضوع ونظام خاص، مما هو، كما سنرى، مشكوك فيه على الأقل.

(٩) ليس لدعوى إعلان الصورية موضوع خاص.

551 - يظن السيد Dagot أنه من الممكن تأكيد أن لدعوى إعلان الصورية موضوع خاص^(١). ويعتبر، خلافاً لرأي بعض المؤلفين^(٢)، بالفعل، أنها لا يمكن أن تنقلص إلى مجرد نقاش حول البينة السابقة للدعوى الأصلية. ولدعوى إعلان الصورية، حسب رأيه، موضوع خاص لأنها يمكن أن تكفي ذاتها بحد ذاتها في بعض الحالات، والأمر على هذا النحو، بصورة خاصة، عندما تكون الصورية سبباً للبطلان، أو عندما يتعلق الأمر بمجرد وهم لا يخفي إلاّ العدم؟ فتكتفي، في هاتين الحالتين إعادة الحقيقة؛ ولن يكون من المفيد عندئذ إقامة دعوى أصلية^(٣).

إن هذا الرأي منازع فيه.

عندما تكون الصورية بحد ذاتها سبباً للبطلان، لا تكون الدعوى مجرد إعادة الحقيقة، وإنما بطلان العقد أو الكتاب المضاد، حسب الحالة، والمحكمة التي تجري مراجعتها لا تكتفي بإعلان أن ثمة صورية، بل تستخرج نتائجها بإبطال العقد. كما أن القاضي، عندما يكون العقد وهمياً، لا يكتفي بالتحقق من العدم، بل يستخرج النتائج القانونية في شكل بطلان، وعند الاقتضاء، استرداد التقديرات المنفذة. وليس لإعادة الحقيقة بحد ذاتها على

(١) المراجع عنه، صفحة 270 وصفيحة 271، رقم 275.

(٢) G. PLANIOL, Traité élémentaire De droit civil, الجزء II، الطبعة العادية عشرة، 1832، بمعاونة G. RIPERT، رقم 1201، صفحة 452 - C.L. FLAVIAN, Des contre-lettres - أطروحة في باريس، 1929، صفحة 133، وكذلك De l'action en déclaration de simulation، F. DAVID، أطروحة في براتيه، 1921، صفحة 38.

(٣) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 271، رقم 275.

الإطلاق فائدة بالنسبة إلى المدعي. وموضوع الادعاء الذي يتوقف عليه نجاح إعادة الحقيقة، هو، حسب الحالات، البطلان أو اللأحجية أو التنفيذ الجبري للعقد.

ولا شك، كما لاحظ السيد Dagot، أيضاً، في أن النقاش يتموضع أحياناً في صعيد الصورية وحده، وننالهجا لا يمكن الطعن فيها جدياً. إلا أن النقاش، في التطبيق القضائي للقانون، غالباً ما يتناول إثبات الحقيقة بشكل أساسي. ولا ينجم عن ذلك أنه يجب تحليل النقاش كدعوى سابقة ومستقلة. وكل دعوى بطلان للخلط أو الخداع تفترض هي أيضاً إثبات الحقيقة. ولم يتصور أحد مع ذلك تقسيم هذه الدعاوى إلى مرحلتين متعاقبتين، تكون الأولى النازعة إلى إثبات الحقيقة ولو كانت مستقلة إلى الإدعاء للإبطال⁽¹⁾.

صحيح أن دعوى إعلان الصورية، في حال عدم وجود موضوع خاص، في عرف السيد Dagot، لها نظام خاص - بيد أن هذا الرأي منازع فيه أيضاً.

2) ليس لدعوى إعلان الصورية نظام خاص بها.

552 - استقلالية دعوى إعلان الصورية مفيدة عندما تتيح إحلال نظامها مكان نظام الدعوى البولائية، وبالتيهية الدعوى غير المباشرة. غير أنه لكي يكون لهذه الاستقلالية مدلول حقيقي، بالنسبة إلى الدعاوى التي من الضروري ممارستها لاستخراج نتائج إثبات الحقيقة، ينبغي أن تكون دعوى إعلان الصورية خاضعة لشروط خاصة، وبصورة احتمالية أكثر تقييداً من شروط الدعوى اللاحقة. والحال أن نظام هذه الدعوى، المزعوم أنه مستقل، لا يظهر أيّ تقييد خاص.

أ) تفرق دعوى إعلان الصورية عن الدعوى البولائية والدعوى غير المباشرة.

553 - دعوى إعلان الصورية والدعوى البولائية.

تختلف هاتان الدعويتان أولاً بمجالهما طالما أن الدعوى البولائية مخصصة للمدائنين للحفاظ على ذمة مدبتهم المالية، في حين أن دعوى إعلان الصورية أوسع إلى حد كبير وتطبيقاتها أكثر تنوعاً.

وهاتان الدعويتان، حتى في مجالهما المشترك لحماية الدائنين، تتعارض أيضاً في شروط ممارستها. إن دعوى إعلان الصورية تهدف فقط إلى إعادة الحقيقة، وبصورة خاصة إلى بيان أن عقد إنقار المدين كان وهمياً، مما يجيز حجز المال الباقي، في الواقع، في ذمة هذا المدين المالية. والدعوى البولائية تهدف، بالمقابل، إلى العمل على إعلان عقد الإنقار

(1) يطن السيد Dagot مفهوم الصورية، وفي الوقت عينه الدهري المتأخرة، على مجرد الوقائع القانونية، كوقائع إحداث مسكن وهمي مثلاً. وفي هذه الحالات، إذا أقدم سائق سيارة، في دعوى المسؤولية «بتزيف» الحادث، منتقاً ظاهراً كاذباً، فهل يجب أن نعتبر أن ذمة دعوى مستقلة من أجل تفويض هذا الظاهر وإثبات الحقيقة؟

الحقيقي الذي تم غشاً للإضرار بحقوق الدائن غير محتج به تجاهه⁽¹⁾. إن غش المدين والغير المتواطئ معه هو الذي يسوغ التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن، وهو تعويض يأخذ الشكل الأنسب للاحجية العقد المطعون فيه. فالدعوى البولائية تفترض إذاً ضرراً، وتفترض أيضاً غش المدين مما يستتبع منه مبدأ ضرورة أسبقية الدين بالنسبة إلى العقد المطعون فيه. ولا مجال لتطلب أي من هذين الشرطين عندما تهدف الدعوى فقط إلى حجز مال لم يخرج في الحقيقة، على الإطلاق، من ذمة المدين المالية. يجب، ويكفي، أن تتم البرهنة على هذه الحقيقة⁽²⁾.

وهكذا حكمت الغرفة المدنية الثانية، في 14 كانون الأول 1983⁽³⁾، بأنه لا يصح الأخذ بأن الأعمال التي لم يكن موضوعها الإضرار بحقوق دائني أحد الأشخاص هي صورية لأن «البحث عن العقد الحقيقي تحت غطاء العقد الصوري لا يستدعي اعتبار وجود نية الإضرار بالدائنين». وقررت الغرفة المدنية الثالثة، في 8 كانون الثاني 1974⁽⁴⁾، بوضوح، دعوى إعلان الصورية عن الدعوى البولائية بإعلان أن أسباب تسويف الحكم المطعون فيه المتعلقة بهذه الدعوى وأقرة، وفي الوقت عينه أن الطعون التي تناولتها هي بدون مرمى. وأضافت أن البيع يمكن إعلان أنه لم يتم، والأموال المنازع فيها عادت إلى ذمة البائع المزعوم المالية، ما دام أن «الادعاء لإعلان الصورية لم يتقدم به الدائن وحده، وإنما بائع المال نفسه». وتفرقت دعوى إعلان الصورية هكذا، بمفاعيلها ذاتها، عن الدعوى البولائية التي تكتمل بجعل العقد المحقق غشاً للإضرار بحقوق الدائن الذي يمارس هذه الدعوى غير محتج به ضده⁽⁵⁾.

(1) انظر حكم محكمة استئناف فرساي، 5 أيار 1992، D.S. 1992، صفحة 400 من الموجز، ملاحظة Ph.

DELEBESQUE، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، رقم 6، صفحة 781، ملاحظة J. MESTRE، رد دعوى الخزينة لإعلان الصورية لأن كليات الصورية لم تكن تسمح، على الإطلاق، باعتبارها تصف تفلأ متعلقاً بالذمة المالية، بتأكيد اتفاق الإرادة لعدم وجود التل.

(2) M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 441، رقم 344. G. MARTY et P. PRAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 316، ووصفة 317، رقم 306.

(3) مجلة قصر العدل، 1984، 2، بانوراما، صفحة 167، ملاحظة J. DUPICHOT، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 369، رقم 2، ملاحظة J. MESTRE.

(4) الشرة المدنية، III، رقم 5 صفحة 6، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، IV، صفحة 68.

(5) قارن بحكم محكمة النقض شامبيري، 21 كانون الثاني 1980، مجلة المصارف، 1980، صفحة 638، ملاحظة L. M. MARTIN، الحكم بأنه إذا لم تكن الصورية هي ذاتها سبباً لإبطال العقد الذي يشكل موضوعها ما دام أن بإمكانها إخفاء موجب صحيح، فإنه يظهر، في هذه القضية، أن التنازلات الصورية لم يكن هدفها - بدون أن يكون بإمكان السبلة M الإفادة من أي نية تبرعية كانت تناقضها برهنتها كلها - سوى التخلص من ملاقات المصرف الأموال موضوع التنازل التي كانت تشكل الرهن الدام. واحتجبت من ذلك أن هذه العقود الباطلة لا يحتج بها ضد المصرف. وتلتقي معاقبة الصورية هنا معاقبة الغش البولائي الذي تفرقت عنه بأنه صوري هنا. انظر أيضاً حكم محكمة استئناف باريس، الغرفة الخامسة عشرة، 31 كانون =

«على أن لدعوى إعلان الصورية وللدعوى البولائية، المتميزتين بشكل أساسي، روابط طبيعية بينهما. فالصورية غالباً ما تغطي غشاً»⁽¹⁾ ويمكن أن تكون دعوى إعلان الصورية، وستكون في الغالب، الإعداد الضروري الذي تتوقف عليه قبوله الدعوى البولائية.

وهكذا، مثلاً، حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 29 أيار 1979⁽²⁾، «بأن محكمة الاستئناف، إذ تحققت من أن عقد 4 نيسان 1972 كان موضوعه الوحيد أن ينقل إلى السيدة Lerch جميع عناصر موجودات الأموال المشتركة ولم يضع في حصة السيدة Lerch سوى أموال بلا قيمة، تمكنت من أن ترى في ذلك هبة بلا قيد أو شرط مسترة تحت غطاء ظاهر القسمة، واستنتجت بصواب من هذه الصورية أن المادة 882 المذكورة سابقاً كانت غير قابلة للتطبيق وأن الدعوى البولائية كانت مقبولة في الشروط عينها للعقد المجانية»⁽³⁾.

ولكن حتى لو مارس الدائنون فوراً الدعوى البولائية، بدون المرور بالإعداد الطبيعي لدعوى إعلان الصورية، ولو قبل القاضي أن يعيد الحقيقة في الوقت عينه ومعاقبة الغش البولائي، «فلا يستطيع المدنون أن يستخرجوا من هذا الشاغل الإجرائي «براهين خادعة لتجنب غشهم الظن أو لكشف صوريته»⁽⁴⁾.

554 - دعوى إعلان الصورية والدعوى غير المباشرة Action oblique.

مجال دعوى إعلان الصورية هو هنا أيضاً أوسع بكثير وأكثر تنوعاً، ما دام أن الدعوى غير المباشرة محتفظ بها بصورة خاصة للدائنين لكي يتاح لهم إعادة تكوين ذمة مدينهم المالية وهي رهن دينهم. وهاتان الدعويان، حتى في مجالهما المشترك، تتعارضان أيضاً بأن دعوى إعلان الصورية تُعمل حقاً خاصاً لمن مارس الدعوى⁽⁵⁾، في حين أن الدائنين في الدعوى غير المباشرة، إذا مارسوا كذلك حقاً خاصاً يلاحقون مع ذلك فيها الإرضاء بممارسة حقوق المدين ذاتها الذي أعمل ذلك.

وقد سبق أن رأينا أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض طرحت، من حيث

= الثاني 1976، صفحة 42 من التقرير، الذي حكم بأن المعاقبة، عندما تتناول الصورية وغشها، وقد ترضى الفريقان عقد اتفاقية وهبة سرناً، في حين أنهما في الحقيقة لم يبرما أي عقد، يجب أن تكون بطلان العقد بسبب الغش الذي ارتكبه الفريقان اللذان تركزا اهتمامهما على الاعتناء على حقوق ذاتيهما، ونتيجة لذلك، التحايل على القانون ذاته الذي يجعل من ذمة المدين المالية رهن ذاته.

(1) J. MESTRE، المجلة الفصلية للقانون المدني 1985، صفحة 370.

(2) الشرة المدنية، J.، رقم 157، صفحة 127. انظر في الاتجاه عينه، حكم محكمة استئناف باريس، 21 آذار 1984، D.1984، صفحة 131، تملين G.POTIRON.

(3) انظر الرقم 462 السابق حول شروط التحقق من القسمة بين الدائنين الشركاء في القسمة.

(4) J. MESTRE، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 370.

(5) G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الطبعة الثانية، صفحة 317، رقم 306 M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 274، وصفحة 275، رقم 280.

المبدأ، في 12 تشرين الأول 1982⁽¹⁾، استناداً إلى المادتين، 1166 و 1321 من القانون المدني، «أنه يتج عن التنسيق بين هاتين المادتين أن الكتاب المضاد، في حالة الصورية، يحتج به ضد دائي المكتتب بالأسهم الذين، بالمقاضاة عن طريق الدعوى غير المباشرة، يمارسون جميع حقوق مدينتهم ودعواء».

وطبقت هذا المبدأ بعد ذلك على حالة نشر بصورة ملفنة العلاقات بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليانية ودعوى إعلان الصورية⁽²⁾. كانت الشركة SGTE قد أقرضت السيد Rico مبلغ 400000 فرنك الذي سلم هذا المبلغ شركة مدنية عقارية مكونة من لشركتين وحصلت شركة SGTE على إدانة السيد Rico بتسديد المبلغ المقترض، ولم تتمكن من الاستيفاء فأقامت عند ذلك دعوى ضد شركة SCI استناداً إلى المادة 1166 من القانون المدني، أي دعوى غير مباشرة. وتمسك الشركاء في شركة SCI بأن هذه الشركة كانت شركة وهمية مكونة لغاية وحيدة هي أن يتاح للسيد Rico ممارسة الدعاوى الخاصة به كمنشط عقاري وصدر تعهد مورخ في 10 تموز 1972 وبموجبه عدل السيد Rico عن ملاحقة الشركاء بصفة شخصية. وردت شركة SGTE، «بطلب بطلان العقد المورخ في 10 تموز 1972 استناداً إلى المادة 1167 من القانون المدني».

وبينت محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، لكي تقبل ادعاء شركة SGTE، قدرت أن الدعوى البوليانية كانت مسوّغة تماماً وأخلت بأن الصورية، حتى ولو كان السادة Rico و Murat و Riedberger متفقين على تكوين شركة وهمية، لا يمكن أن يكون لها مفعول تجاه شركة SGTE التي أقامت الدعوى البوليانية فمارست دعوى شخصية واحتفظت بصفة غير ماهر في الإنادة من العقد الجلي المكوّن للشركة» وأضافت «أن محكمة الاستئناف بالحكم على هذا النحو، في حين أن شركة SGTE ما قاضت عن طريق الدعوى البوليانية إلا للعمل على إبطال عقد 10 تموز 1972 الذي يشكل عقبة أمام ادعائها وأنها، إذا لم تنقطع، عن طريق غير مباشرة، عن ممارسة الدعوى التي يحوزها السيد Rico لتسديد 400 000 فرنك كان يمكن أن ترى نفسها قد احتج السيدان Murat و Riedberger بالصورية التي شارك فيها السيد Rico الذي مارس دعواء، قد انتهكت المادتين 1167 و 1321 من القانون المدني».

إن الدعوى البوليانية قد أُناحت تماماً للدائين الذي راجع القضاء باسمه الشخصي للعمل على الحكم بأن العقد السري كان غير محتج به ضده. بيد أنه، عندما يقاضي بالموازاة عن طريق الدعوى غير المباشرة ممارسة حقوق مدنية ذاتها، لا يكون بإمكانه الإنادة على هذا الصعيد من الحقوق المعترف بها للغير. فاصورية، أي المجموعة المكونة من العقد الجلي والعقد السري، تبقى إذا محتجاً بها ضده. إن التعليل منطقي، وليس مجرداً من الدقة يكونه

(1) النشرة المدنية، 1، رقم 284، صفحة 244؛ مجلة قصر العدل، 1983، 1، صفحة 88 من المرجز، ملاحظة J. DUPICHOT.

(2) انظر الرّم 538 السابق.

يرتكز على فوارق أنظمة الدعاوى التي مارسها الدائن بالموازاة، وإنما لهدف وحيد.

(ب) لا تخضع دعوى إعلان الصورة لأي تقييد خاص.

555 - يكفي، لإقامة دعوى إعلان الصورة، توسيع الشروط الموضوعية لممارسة أي دعوى ولا سيما المصلحة.

بالفعل يتطرح جميع الذين لهم مصلحة مشروعة في الإفادة من العقد الحقيقي ممارسة الدعوى.

والأمر على هذا النحو بالطبع بالنسبة إلى الغير الذي ليس أمامه سبيل آخر للتمسك بالكتاب المضاد. بيد أن دعوى إعلان الصورة يمكن أن يمارسها أيضاً فاعلو الصورة أنفسهم. لا شك في أن الكتاب المضاد يجري تنظيمه عموماً من أجل إعادة المضمون الحقيقي للعقد. إلا أنه إذا كان الفريق الآخر لا يريد مراعاة هذا الكتاب، تكون دعوى إعلان الصورة ضرورية. وليس لمة أي سبب لرفض دعوى فاعل الصورة طالما أنه من المقبول أن الكتاب المضاد صحيح بين الفريقين. وممارستها يقللها الفقه⁽¹⁾ ويبين الاجتهاد تطبيقات مختلفة لها⁽²⁾.

وليس المدعي بحاجة إلى توسيع ضرر سببه الصورة له⁽³⁾، ولا إلى أقدمية حقه بالنسبة إلى الصورة⁽⁴⁾، ولا إلى غش من يقاضيه⁽⁵⁾. والاجتهاد يستبعد، بالطريقة عينها، تطبيق

(1) انظر بصورة خاصة A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 36، صفحة 142 H.L. et J. MAZBAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 944، رقم 825 M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 438، رقم 340.

(2) انظر بصورة خاصة النقض المدني، 24 آذار 1953، النشرة المدنية، I، رقم 110، صفحة 92، 1953 D، صفحة 367 - حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 25 شباط 1955، النشرة المدنية، IV، رقم 191، صفحة 141 - النقض المدني، 9 أيار 1956، النشرة المدنية، I، رقم 168، صفحة 160، 1955 D، صفحة 467 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، IV، رقم 5، رقم 4.

(3) النقض المدني 19 أيار 1942، 1942 S، 1، صفحة 98. وعلى نقيض ذلك، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 تشرين الثاني 1948، النشرة المدنية، رقم 237، صفحة 975 - حكم محكمة استئناف بواتييه، 28 أيار 1935، 1935 S، 2، صفحة 16.

(4) النقض المدني، 11 نيسان 1927، 1927 S، 1، صفحة 262 - 2 نيسان 1924، 1924 S، 1، صفحة 261 - حكم غرفة الفروايف، 16 آذار 1887، 1887 S، 90، 1، صفحة 90 - 31 تموز 1872، 1872 D، 73، 1، صفحة 340، 1893 S، 1، صفحة 117 - G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، رقم 1438 ورقم 1437 - M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، رقم 344، صفحة 441، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، رقم 872 - Ch. BEUDANT، المرجع عينه، الجزء IX، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE et R. PERROT، رقم 983، صفحة 74.

(5) حكم غرفة المرافض، 25 تموز 1864، 1864 S، 64، 1، صفحة 452 - 31 تموز 1872، 1872 D.P، 1873، 1، صفحة 1340، 1873 S، 1، صفحة 117، والمؤلفون المستشهد بهم حول أقدمية الحق.

التقادم الخماسي الوارد في المادة 1304 من القانون المدني، ذلك بأن دعوى إعلان الصورية ليست في ذاتها دعوى بطلان أو فسخ⁽¹⁾.

وهكذا حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 9 آذار 1981⁽²⁾، بأن «محكمة الاستئناف، بينت بصواب أن مراجعتها كانت دعوى إعلان الصورية التي لا تتعلق بالأدعوى البطلان النسبي».

كما يستبعد مرور الزمن الضريبي القصير المدة⁽³⁾.

وجرى التساؤل حول نقطة معرفة ما إذا كانت دعوى إعلان الصورية غير خاضعة للتقادم أو خاضعة للتقادم ثلاثين سنة. وتم الأخذ بأن الدعوى كان موضوعها «إظهار حقيقة الأشياء فقط» ولا يسري عليها التقادم⁽⁴⁾. ولكن ذلك لا يكفي لاستبعاد الأحكام الشكلية للمادة 2262 من القانون المدني المطبقة على الدعاوى جميعاً. وهكذا أعلن الفقه رأيه لصالح التقادم ثلاثين سنة⁽⁵⁾. كما أعلن الاجتهاد بوضوح لصالح هذا التقادم ببيان أن المهلة تبدأ في الريان «في يوم العقد المشوب بالصورية»⁽⁶⁾.

والأمر لا يتعلق هنا أيضاً إلاً بغياب الشروط الخاصة. فمهلة تقادم دعوى إعلان

(1) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 229، رقم 302، الاستشهاد بصورة خاص بـ: حكم غرفة المرافض، 9 تشرين الثاني 1875، D.1876، 1، صفحة 443 S.1877، 1، 293 - حكم محكمة استئناف ليون، 28 شباط 1884، S.1885، 1، صفحة 129 - حكم محكمة استئناف الجزائر، 18 آب 1896، D.P.1896، 2، صفحة 308.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 126، صفحة 97. انظر بالمعنى عينه، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 حزيران 1875، النشرة المدنية، I، رقم 191، صفحة 162.

(3) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 299، رقم 302، الاستشهاد بـ: النقض المدني، 4 شباط 1901، D.1903، 1، صفحة 338 - حكم غرفة المرافض، 9 كانون الأول 1903، D.1904، 1، صفحة 588.

(4) M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء IV، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 442، وصفحة 443، رقم 345.

(5) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 300، رقم 303 والمؤلفين المستشهد بهم - Ph. B. STARCK، الطبعة الرابعة، رقم 629، صفحة 345 - MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 999، صفحة 420 ووصفة 421 - A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 36، صفحة 142.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الثاني 1971، النشرة المدنية، I، رقم 284، صفحة 243؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 778، رقم 7، ملاحظة Y. LOUSSOUARN، D.1972، 302. انظر أيضاً حكم الغرفة التجارية، 9 آذار 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 125، صفحة 97 - النقض المدني، 13 آذار 1934، D.H. 1934، 1، صفحة 1201 D.P.1936، 1، صفحة 179 S.1934، 1، صفحة 286. قارن بحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 309، صفحة 221 مصنف الاجتهادات الدوري 1989، الطبعة G. II، 21214، تعليق F.-X. TESTU: مهلة تقادم دعوى إعلان الصورية في شأن بيع أجراء مورث الورثة أصحاب الحقوق المحفوظة تبدأ بالريان اعتباراً من الوفاة عندما يقوم هؤلاء الورثة بإعمال الحق الخامس بهم.

الصورية هي مهلة القانون العام، فتقادم الدعوى الأصلية هو الذي، عند الانتهاء، يرفع أي مصلحة لإثبات الحقيقة⁽¹⁾.

واستقلالية دعوى إعلان الصورية أخيراً ترجع إلى هذه الملاحظة بأنها غير محدودة في ذاتها بأي من الشروط الخاصة بالدعوى البولنبانية، أو الدعوى غير المباشرة، أو أي دعوى أصلية، التي ينتج فيها إثبات الحقيقة ممارسة الدعوى. وهاجس نجاح الإدعاء، بالمقابل، وموضوعه الملموس هو دائماً هاجس الادعاء الأصلي يخضع لشروط الدعوى الأصلية التي تفرض هكذا، بصورة غير مباشرة، على دعوى إعلان الصورية. ويمكن التساؤل بالتالي عما إذا كانت هذه الدعوى تقلص، في الواقع، إلى مجرد نقاش حول الإثبات.

ب - البيئة على الصورية.

556 - تقديم البيئة، مع مراعاة الأحكام القانونية الناتجة عن المادتين 911، 912، و1100 من القانون المدني، يقع على عاتق من يتمسك بالصورية.

وهكذا لا يلزم من يجري إيجاراً لدى الكاتب العدل بتقديم بيئة أخرى وعلى من يتمسك بأن هذا العقد صوري أن يبرهن على ذلك⁽²⁾. كما أن الاعتراف بدين، كما ذكرت بذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة في 4 شباط 1975، «يساوي بيئة على الموجب وموضوعه وسببه» ويشكل للمستفيد منه «توقيع حقه في الدين» بحيث «أنه يتقدم العدين الملاحق بالدفع إلى أن يبرهن على الطابع غير الصحيح أو الصوري للسبب المتفرع به دعماً لامتناعه عن الدفع»⁽³⁾.

والاجتهاد، بالمقابل، مستقر في هذا الاتجاه بأن «الصورية ليست بعد ذاتها، عموماً، سبباً للبطالان عندما يقدم الفريقان على عمل في شكل وهمي وكان بإمكانهما إتمامه في شكل آخر، وعندما، وغماً عن السبب المبين، يكون ثمة سبب آخر حقيقي ومشروع، يقع على عاتق المستفيد، عندما تكون الصورية معشوقاً بها، إثبات أن هذا السبب موجود، وإذا لم يبرهن على ذلك ينبغي أن يخسر دعواه»⁽⁴⁾.

(1) M. PLANJOL et F. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 443، رقم 345. M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 303، صفحة 300.

(2) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 24 آذار، 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 460، صفحة 335.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 44، صفحة 42. انظر في الاتجاه عينه، النقض المدني، 27 تشرين الأول 1976، مجلة قصر العدل، 1977، 1، صفحة 4 من المرجز.

(4) حكم غرفة المرافض، 9 تشرين الثاني 1891، S.94، 1، صفحة 178 D.P.92، 1، صفحة 151. انظر في الاتجاه، عينه حكم غرفة المرافض، 9 تشرين الثاني 1898، D.99، 1، صفحة 103: «من حيث أنه تم إثبات أن سبب الموجب المعترف به في العقد كان كاذباً. فقد كان يعود إلى [الدائن] أن يستبدل به سبباً آخر مشروعاً يرتكز عليه دينه؟ وإنما عليه أن يثبت ذلك». أضاف إلى ذلك غرفة المرافض، 23 تشرين 1913، D.1919، 1، صفحة 29 - 23 كانون الأول 1912، مجلة قصر العدل، 1912، 2، صفحة 522 - 3 نيسان 1905، =

وكما ذكرت بذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 20 كانون الأول 1988⁽¹⁾، ينتج عن المادتين 1315، الفقرة الأولى، والمادة 1132 من القانون المدني «أنه يقع على عاتق المستفيد، عندما يبرهن على أن سبب الموجب كاذب، أن يثبت أن دينه يرتكز على سبب آخر مشروع، وإذا لم يفعل ذلك يجب أن يخسر دعوته». واستنتجت محكمة النقض من ذلك نقض حكم، لانتهاك هذه النصوص، كان قد أخذ، لإدانة فاعل الاعتراف بالدين بدفع مبلغه للدائن، «أنه إذا كان هذا الدائن يعترف بأن سبب الاعتراف بالدين ليس، بخلاف ما جرت الإشارة إليه في العقد، قرصاً أعطاه للزوجين Aguilas، فإن هذين الزوجين لم يقدموا الدليل على أن عقد 11 أيلول 1981 يشكل، كما يتمسكان به، كتاباً مضاداً يتناول إخفاء الثمن المبين في الوعد بالبيع». وبالفعل، بمقتضى المادة 1131 من القانون المدني، «لا يمكن أن يكون للموجب (...) المبني على سبب غير صحيح (...) أي مفعول». ويعود إذاً إلى من يتمسك بالعقد، عندما يبرهن على كذب السبب المذكور في العقد، إلى من يستفيد منه لإثبات وجود سبب آخر حقيقي ومشروع⁽²⁾.

إن قضاة الأساس «يلتكون سلطة سيده لتحديد القيمة المثبتة للمؤشرات أو القرائن المتمسك بها لإثبات وجود صورة»⁽³⁾. وقبولة مختلف أنماط البيّنة هي مع ذلك مسألة

== S.I. 1905، 5، صفحة 8 - النقض المدني، 6 كانون الأول 1900، D.P. 1901، 1، صفحة 1982، S. 1901، 1، صفحة 228 - حكم غرفة المرافض، 10 كانون الثاني 1898، S. 1902، 1، صفحة 492 - حكم غرفة المرافض 9 شباط 1864، D.P. 64، 1، صفحة 211، S. 64، 1، صفحة 107. انظر مع ذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تموز 1975، النشرة المدنية، 1، رقم 225، صفحة 190، الذي يصعب تفسيره. نهر يلاحظ بالفعل أن إخفاء الهبة لا يعمل على إخراجها لامشروعية السبب، «يقبل صحة اعتراف يدين يخفي تبرعاً إلى الخليلة استناداً في الوقت عينه إلى واقع أن مدعي الإبطال «لم يثبت أن هذا التبرع كان دافعه غير أخلاقي» (سا يبدو وضع هذا الإثبات على عاتق المدعي) وأن الهبة التي سبقت وفاة المدعي «المرغوب بشهر واحد تحمل بالأحرى على الافتراض أن الأمر كان يتعلق بتبرع صرف بلا شرط» (مما ينتج عنه أن الإثبات حصل في غياب واقع لأخلاقي، ويثبت محكمة النقض أن هذا الواقع لم يكن «إفراطياً»).

(1) النشرة المدنية I، رقم 369، صفحة 249؛ D. 1990، 241، تعليل J.-P. MARGUÉNAUD، في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 300، ملاحظة J. MESTRE، D. 1989، 230 من المرجز، Dfrénols 1989، البند 34554، صفحة 759، ملاحظة J.-L. AUBERT، انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 نيسان 1992، النشرة المدنية، 1، رقم 116، صفحة 78.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 919، صفحة 842.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1988، النشرة المدنية، 1، رقم 244، صفحة 233 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 أيلول 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 240، صفحة 208، في صدد اتفاقية بيع في صورة إيجار - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 آذار 1983، D. 1985، 483 من التقرير، ملاحظة J. MOULY - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 184، صفحة 163 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول تموز 1981، النشرة المدنية، 1، رقم 245، صفحة 202 - 200، 20 تشرين الثاني 1975، النشرة المدنية، IV، رقم 267، صفحة 220 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 تشرين الأول =

قانونية متبقي إذا خاضعة لرقابة محكمة النقض، وسوف نحدد، بعد أن قلّمنا القرائن القانونية، مختلف أنماط البيّنة.

١) القرائن القانونية:

557 - تنشأ المادة 918 من القانون المدني قرينة إقفاء تبرع عندما تكون الأموال ملكية كاملة قد جرى التنازل عنها إلى مستحق الإرث من حيل القرابة والنسب المباشر إما بشرط دخل عمري أو مال موظف في دخل عمري وإما مع الاحتفاظ بحق الانتفاع. وقد جرى الحكم بأن أساليب كهذه أكثر ملاءمة لكي تخفي التبرعات وإفساد المساواة بين الورثة، وهذه القرينة لا تقبل الدحض⁽¹⁾. ويتزع الاجتهاد إلى مماثلة حق السكن المختار في الغالب لمحاولة امتداد القرينة بالاحتفاظ بحق الانتفاع⁽²⁾، على الأقل عندما لا يكون السكن مشتركاً مع المستفيد⁽³⁾. والأمر كذلك في شأن الإيجار مع الغذاء الذي يمكن فهمه كبيع مال موظف في دخل عمري⁽⁴⁾.

وتنص المادتان 911، الفقرة 2، والمادة 1100 من القانون المدني بالنسبة إلى تبرعات لصالح عديمي الأهلية في المادة الأولى، ولصالح أحد الزوجين في المادة الثانية، على قرائن قانونية لتسخير الأشخاص. وتعتبر هذه القرائن غير قابلة للدحض في اجتهاد مستقر⁽⁵⁾.

= 1976، النشرة المدنية، III، رقم 151، صفحة 267؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، IV، صفحة 358 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الأول، 1976، D.1977، صفحة 32 من التقرير - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني، 1975، النشرة المدنية، IV، رقم 274، صفحة 226 - 22 كانون الثاني، 1974، النشرة المدنية، IV، رقم 28، صفحة 22 - 30 حزيران، 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 252، صفحة 238 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 31 كانون الثاني، 1969، النشرة المدنية، III، رقم 107، صفحة 83 - حكم الغرفة التجارية، 9 تموز، 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 228، صفحة 206.

(1) التقض المدني، 23 كانون الثاني، 1958، النشرة المدنية، I، رقم 38، صفحة 229 - 28 كانون الأول، 1937، D.P.1940، 1، صفحة 41؛ تعليق G.HOLLEAUX - 7 تشرين الثاني، 1935، S.1935، 1، صفحة 127 - 26 تموز، 1899، D.1902، 1، صفحة 177؛ تعليق A.WAHL - 24 آب، 1874، D.P.75، 1، صفحة 129.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 11 شباط، 1965، مصنف الاجتهادات الدوري، 1965، II، 14200، طليات GULPHE.

(3) التقض المدني، 14 كانون الثاني، 1884، D.84، 1، صفحة 1263، S.84، 1، صفحة 97. وكذلك حكم محكمة استئناف رين، 14 كانون الثاني، 1901، D.P.1903، 1، صفحة 441.

(4) التقض المدني، 13 أيار، 1952، D.1952، 505.

(5) انظر بالنسبة إلى المادة 911، الفقرة 2، M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 340، رقم 342، الاستشهاد بصورة خاصة بـ: التقض المدني، 22 كانون الثاني، 1884، D.84، 1، صفحة 117، S.84، 1، صفحة 227، M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء V، الطبعة الثانية، تأليف A. G. RIPERT et J. BOULANGER، 1335، صفحة 257، رقم 3518، H. L. et F. MAZEAUD، المرجع عنه، الجزء IV، الطبعة الرابعة، تأليف A. BRETON، رقم 379، 1، صفحة 580.

(2) أنماط الميئة:

558 - ينبغي التفريق حسبما يقع الإثبات على أحد الفريقين في الصورة أو على الغير. ويقتضي كذلك تمحص إثبات الصورة بشكل خاص عندما يرتدي العقد الظاهري الشكل الرسمي...

559 - الميئة من قبل الفريقين.

ينبغي تطبيق القانون العام الوارد في المادة 1341 من القانون المدني. فإذا تعلق الأمر بقيمة تتجاوز المبلغ المحدد بمرسوم متخذ تطبيقاً لقانون 12 تموز 1980 الذي عدل هذا النص، مما سيكون دائماً الحالة في الممارسة، ذلك بأن الصورة نادراً ما تُسوّغ لقيمة زهيدة، فإن هذه الصورة يقتضي إثباتها بمستند خطي. وتقديم كتاب مضاد بتجاوب مع هذه الضرورة. والصورة، في أي فرضية كانت، إذا كان العقد الظاهري مستنداً خطياً، لا يمكن، حسب المادة 1341، إثباتها إلا بمستند خطي آخر، طالما أن الأمر يتعلق بإثبات «غير محتوى العقد وما هو وضح هذا المحتوى»⁽¹⁾.

وقد ذُكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 18 كانون الثاني 1989⁽²⁾، «بأن محكمة الاستئناف أخذت بصواب بأن الزوجين Tavaud عليهما إثبات وكالة مزعومة

⁽¹⁾ وانظر بالنسبة إلى المادة 1100، M. DAOUD، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 346، رقم 347، الذي يستشهد بصورة خاصة بـ: M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه الجزء V، الطبعة الثانية، تأليف G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عنه، الجزء IV، رقم 3850، صفحة 1220؛ Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه، الجزء XI، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 890، صفحة 126.

⁽²⁾ (1) F. TERRÉ، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 524، صفحة 396 - S. - 344، Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 628، صفحة 344 - S. - 858، H.L. et J. - 858، CARBONNIER، المرجع عنه، الطبعة السادسة عشرة، صفحة 171، الفقرة 858، G. MARTY - 828، F. CHABAS، تأليف F. CHABAS، صفحة 945، رقم 828، MAZEUD et P. RAYNAUD، المرجع عنه، الطبعة الثانية، صفحة 303، رقم 314، Ch. LARROUMET - 320، AUBERT، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 385، صفحة 320، Ch. LARROUMET، المرجع عنه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 768، صفحة 823، A. SÉRIAUX، المرجع عنه، رقم 36، صفحة 143. بالإضافة إلى J.-BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 33، صفحة 279، رقم 41 و42، الصفحات 285 إلى 287، ملاحظة أن المادة 1341 من القانون المدني استبعدت بالنسبة إلى الزواج الصوري، وإثبات غياب رضا حقيقي في شأنه مقبول بالوسائل جميعاً، ذلك بأن الفقرة الخاصة بالصورة لا شأن لها عن.

(2) النشرة المدنية، 1، رقم 28، صفحة 19. انظر في الانجاء عنه حكم محكمة استئناف باريس، 17 أيار 1988، 1988، D. 1988، 3، صفحة 171 من التقرير (بالنسبة إلى اعتراف بالدين) - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1978، النشرة المدنية، III، رقم 186، صفحة 145 - النقض المدني، 31 كانون الثاني 1900، 1900، D.P. 1900، 1، صفحة 80؛ S. 1901، 1، صفحة 347 - حكم غرفة المرافعة، 10 تموز 1899، D.P. 99، 1، صفحة 368؛ S. 99، 1، صفحة 368.

معطاة للأنسة Bal-Fontaine وأن هذا الإثبات لا يمكن تقديمه إلا وفقاً للأشكال المنصوص عليها في المادة 1341 من القانون المدني التي تحيل إليها المادة 1985 من القانون عنه*.

أن تطلب مستند خطي، وفقاً للقانون العام (المادة 1347 من القانون المدني)، مستبعد عند وجود بدء بيّنة خطية⁽¹⁾. ولا يأخذ الاجتهاد، من حيث المبدأ، بقبولة الشهود والقرائن إلا أن يكون ثمة بدء بيّنة خطية كهذه⁽²⁾. بيد أن محكمة النقض قبلت أن يستتبع بدء البيّنة الخطية من البيانات الواردة في العقد الظاهري نفسه⁽³⁾، حتى الإثبات بالوسائل كافة كان مقبولاً عندما تكون النسخة الأصلية للإيصال المشروب بالصورة لم تقدّم، مما كان يمنع «تفحص هذا المستند ومناقشة قيمته»⁽⁴⁾. وتطلب إثبات خطي مستبعد أيضاً، وفقاً للقانون العام، في العادة التجارية⁽⁵⁾ عندما تتم البرهنة على استحالة مادية أو معنوية لإثبات مستند خطي⁽⁶⁾.

والبيّنة أخيراً، ودالماً حسب القانون العام، يمكن تقديمها بالوسائل كافة، حتى بين الفريقين، «عندما يكون هدف الصورة الاحتيال على نصوص من النظام العام»⁽⁷⁾.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 28، صفحة 19. أضف إلى ذلك M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 308، التعليق 17 والاجتهاد المستشهد به.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 تموز 1970، D.1970، صفحة 198 من الموجز - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 28 نيسان 1958، النشرة المدنية، III، رقم 169، صفحة 139 - النقض المدني، 9 أيار 1955، D.1955، صفحة 467؛ النشرة المدنية، I، رقم 188، صفحة 160 - 24 آذار 1953، D.1953، صفحة 367؛ النشرة المدنية، I، رقم 110، صفحة 92.

(3) النقض المدني، 24 آذار 1953، النشرة المدنية، I، رقم 110، صفحة 92؛ D.1953، صفحة 267.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 حزيران 1966، النشرة المدنية، I، رقم 367، صفحة 283.

(5) G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 314، رقم 303 - Ph. A. SÉBASTIAUX، المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 828، صفحة 344 - MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عنه، رقم 36، صفحة 42 - J.D.BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 34، صفحة 279 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 تشرين الثاني 1966، النشرة المدنية، III، رقم 436، صفحة 366 - 22 تموز 1957، النشرة المدنية، III، رقم 238، صفحة 199 - النقض المدني، 7 كانون الثاني 1935، D.H.1935، صفحة 131.

(6) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 حزيران 1980، مجلة قصر العدل، 1980، 2، بانوراما، صفحة 530.

(7) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1978، النشرة المدنية، III، رقم 186، صفحة 145 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الثاني 1968، النشرة المدنية، I، رقم 275، صفحة 209، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1969، صفحة 561، ملاحظة Y. LOUSSOUARN، بالنسبة إلى مبة بين زوجين عن طريق مسخر، غش للإضرار بحقوق أولاد الزواج (الأول للبايع المزعوم، وهم ورثة من أصحاب الحصص المحفوظة - 10 تشرين الثاني 1964، مجلة قصر العدل، 1966، 1، صفحة 68، بالنسبة إلى غش للإضرار بحقوق الورثة أصحاب الحصص المحفوظة - النقض المدني، 4 تموز 1957، النشرة المدنية، I، رقم 307، صفحة 245، في شأن تعاليل على المادة 2078 من القانون المدني. انظر في الاتجاه عنه، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 أيار 1955، =

وكما ذُكرت بذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 19 نيسان 1977⁽¹⁾، في صدد هبة للولد زوجة الواهب من الزواج الأول وقد نازع فيها أحد أولاد الزواج الأول للواهب نفسه، «بأن الصورية، في حالة الغش، يمكن إثباتها بالوسائل جميعاً، حتى بين الفريقتين في عقد أو ورثتهما». وأضافت أن «الهيئات بين الزوجين المستترة أو عن طريق مستترين» هي «بطبيعتها مشوبة بالغش».

وحكمت الغرفة عنها، في 24 تشرين الأول 1977⁽²⁾، بأنه «يجب، في العلاقات بين الفريقتين، تقديم إثبات الكتاب المضاد خطياً عندما يتم التحقق من العقد الظاهري بهذا الشكل ما عدا الحالة حيث تكون الصورية قد تمت لهدف غير مشروع». وبالتالي نقضت، لانتهاك المادة 1341 من القانون المدني، حكماً قبل الإثبات بالوسائل جميعاً «في حين أن النزاع، حسب الحكم، كان موضوعه الوحيد الاعتراف بصورية لا تستدعي الغش بالضرورة».

ولا يمكن أن يكفي، إضافة إلى ذلك، التمسك بالغش، كما تمكنت محكمة النقض من التذكير بأن «التحقق وحده من ظرف مكوّن للغش، وليس مجرد التذرع بالغش، يمكن أن يتيح نقضا الأساس، خارج أي بدء بينة خطية، أن يجيزوا إثبات الصورية التمسك بها عن طريق الشهادة»⁽³⁾.

واستعادت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض هذه المبادئ في حكم نقض بتاريخ

= D.1955، رقم 467 - النقض المدني، 19 تشرين الأول 1948، مجلة نصر العدل، 1948، 2، صفحة 238 - 5 حزيران 1950، 1951، S.، 1، صفحة 138 - 21 آذار، 1938، D.H.1938، صفحة 257 - J.D.BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 34، صفحة 280 - B. STARCK، المرجع مئنه، الطبعة الرابعة، تأليف J. ROLAND et L. BOYER، صفحة 408، رقم 965 - Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 628، صفحة 344 - J. CARBONNIER، المرجع مئنه، الطبعة السادسة مشرقة، صفحة 171، الفقرة 85 - H.L et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 945، رقم 828 - G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 303، صفحة 314 - J. FLOUR et J.-L. AUBERT، المرجع مئنه، الطبعة الخامسة، رقم 385، صفحة 320 - M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 439، رقم 341، الاستشهاد بحكم غرفة العرائض، 2 آذار 1904، D.1904، 1، صفحة 615 - S.1904، 1، صفحة 280 - النقض المدني، 5 آب 1902، S.1903، 1، صفحة 319 - حكم غرفة العرائض، 3 حزيران 1887، S.90، 1، صفحة 291 - حكم غرفة العرائض، 27 تموز 1874، S.1875، 1، صفحة 15.

(1) النشرة المدنية، 1، رقم 172، صفحة 135 - بزميات الكتابة العدل، 1878، البتد 54251، ملاحظة J.V.
(2) النشرة المدنية، I، رقم 379، صفحة 300 - D.1978، صفحة 240 من الموجز، ملاحظة D. MARTIN.
(3) النقض المدني، 15 حزيران 1961، النشرة المدنية، I، رقم 319، صفحة 253 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 تشرين الثاني 1969، النشرة المدنية III، رقم 785، صفحة 594 - M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 309، رقم 311 (انظر تطبيقات الاجتهاد التي استشهد بها المؤلف، رقم 312، صفحة 309 وصفحة 310). وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 تموز 1971، النشرة المدنية، I، رقم 242، صفحة 202 في صدد كتمان الشئ.

3 أيار 1978⁽¹⁾ لانتهاك المادة 1341 من القانون المدني بهذه العبارات: «من حيث أنه يتج عن هذا النص، هذا الاستثناءات الواردة في المادتين 1347 أو 1348 من القانون عينه أو الناتجة عن القوانين المتعلقة بالتجارة، أنه لا يمكن الإثبات عن طريق الشهود أو المؤشرات أو القرائن ضد محتوى عقد مبرم أمام الكاتب العدل أو بتواقيع خاصة، وإن هذه القاعدة، خارج حالة التحايل على القانون، تطبق بين الفريقين على البينة على الصورة التي يتذرع بها أحد الفريقين في العقد». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف التي أعلنت البيع وهمياً استناداً إلى إقادات وقرائن ومؤشرات مختلفة بدون التثبت من وجود مستند خطي أو بدء بينة خطية صادرة عن Berberat أو عن أحد الأشخاص الذي مثله، ولا من الاستحالة التي وجد فيها الزوجان Martin في الاحتفاظ بدليل خطي وبدون بيان التحايل على القانون الذي كان يحق للسيدة Martin الإفادة منه، انتهكت النص المذكور أعلاه».

وبينت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 9 تشرين الثاني 1976⁽²⁾، لتسوية رد طعن يأخذ على قضاة الأساس أنهم مذوا حرية الإثبات إلى حرية هبة لا يمكن أن تنتج إلا من عقد رسمي، «إن البينة على وجود هبة أو هبة بقسمة التركة مستترة بتار عقد معاوضة ليست خاضعة لأي شكل خاص وتخضع، في العلاقات بين الفريقين أو أصحاب الحقوق تجاههما، لقواعد القانون العام، ويمكن بالتالي تقديمها خطأ، حتى عن طريق الشهود عندما يوجد بدء بينة خطية».

وبالتالي يمكن أن تنتج البينة أيضاً، حسب القانون العام، عن اعتراف الفريق الذي يحتج بالصورية ضده، ولا سيما عندما ينجم هذا الاعتراف عن الطلبات الخاصة به⁽³⁾.

560 - البينة من قبل الغير.

يقبل الفقه⁽⁴⁾ أن بإمكان الغير تقديم إثبات الصورية بالوسائل كافة ويجمع الاجتهاد

(1) النشرة المدنية، III، رقم 188، صفحة 145؛ مجلة قصر العدل، 1978، 2، بانوراما، صفحة 270؛ يوميات الكتابة العدل، 1978، البند 54356؛ ملاحظة J.V. - انظر في الانجاء عينه، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 آذار 1982، مجلة قصر العدل، 1982، 2، بانوراما، صفحة 268.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 341، صفحة 272.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 كانون الثاني 1977، مجلة قصر العدل، 1977، 1، بانوراما، صفحة 173؛ D.S.1977، 2، صفحة 210 من التقرير.

(4) A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 36، صفحة 148 - Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 629، صفحة 345 - J. FLOUR et J.-L. AUBERT، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 388، صفحة 321 وصفحة 322 - H.-L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثالثة، تأليف F. CHABAS، صفحة 317، رقم 307 - M. PLANTOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء V، الطبعة الثانية، تأليف A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN، رقم 428، صفحة 556، الجزء VI، الطبعة الثانية تأليف P. ESMEIN، صفحة 440، رقم 342 - J.D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 43، صفحة 285.

على ذلك⁽¹⁾.

وكما ذُكرت بذلك الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 30 حزيران 1980⁽²⁾، «منع الإثبات عن طريق الشهود أو القرائن ضد محترى العقد أو غير محتواه لا يتعلق إلا بالفريقين المتعاقدين (...)». ومن المسموح به للغير المتنازعة عن طريق أنماط البيّنة هذه في صدق البيانات الواردة في المستندات الخطية المحتج بها ضده، ويستتبع ذلك أن المادة 1341 لا تطبق في هذه الحالة⁽³⁾.

والحل يبنى أحياناً على المادة 1348 من القانون المدني، والغير، بالفعل، لم يتمكن من تكوين سبق لإثبات الصورية التي غالباً ما توجه ضده، والتي، في أي حال، بحسب التعريف، هو أجنبي عنها⁽⁴⁾. ويمكن، بصورة أبسط، أن يستنتج، بالنسبة إلى الغير، أن الأمر يتعلق بمجرد واقعة قانونية لا تطبق عليها المادة 1341 من القانون المدني⁽⁵⁾.

وهكذا بإمكان أمانة السجل العقاري أن تثبت بالقرائن الخطيرة والمحددة بدقة والمنسجمة «أن عقد البيع المتنازع فيه كان يخفي تبرعاً». وبإمكان المحكمة أن تستنتج من تقديرها السيد للبيّنة المقدمة «أن العملية التي تعيد إليها طابعها الحقيقي كانت خاضعة لرسم النقل المجاني»⁽⁶⁾. وكذلك كما ذُكرت به الغرفة التجارية في محكمة النقض في 21 آذار 1977⁽⁷⁾ «البيّنة على صورية شركة، بالنسبة إلى الغير، يمكن إثباتها بالوسائل جميعاً». وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، بصورة أخص، في 6 تشرين الثاني 1973⁽⁸⁾، «بإمكان Jean و Goldy Chidiac، بصفتهم غيراً بالنسبة عقد اكتساب الملكية

- (1) حكم غرفة المرائض، 31 تموز 1872، D.73، 1، صفحة 340، S.74، 1، صفحة 117 - 22 آذار 1875، S.76، 1، صفحة 111 - 13 تموز 1874، S.74، 1، صفحة 469 - 11 آذار 1879، S.80، 1، صفحة 63 - 24 كانون الثاني 1881، S.81، 1، صفحة 404 - 12 كانون الأول 1883، S.85، 1، صفحة 80 - 12 تشرين الثاني 1902، S.1905، 1، صفحة 14 - 12 تشرين الثاني 1902، S.1905، 1، صفحة 14 - 7 حزيران 1935، D.H.1935، صفحة 131 - 8 كانون الأول 1937، مجلة قصر العدل، 1938، 1، صفحة 179، D.H. 1938، صفحة 114 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 كانون الثاني 1952، النشرة المدنية، III، رقم 30، صفحة 23 - حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 17 أيار 1957، النشرة المدنية، IV، رقم 567، صفحة 404 - 13 آذار 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 377، صفحة 274 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 شباط 1967، D.1967، صفحة 278.
- (2) النشرة المدنية، I، رقم 279، صفحة 226.
- (3) انظر حكم غرفة المرائض، 31 تموز 1872، المذكور سابقاً - النقص المدني، 10 أيار 1905، D.1908، 1، صفحة 276؛ S.1906، 1، صفحة 92.
- (4) M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 313، رقم 316.
- (5) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 30 حزيران 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 168، صفحة 126.
- (6) النشرة المدنية، IV، رقم 90، صفحة 77.
- (7) النشرة المدنية، III، رقم 565، صفحة 413؛ مجلة قصر العدل، 1974، 1، صفحة 14 من الموجز؛ D.1974، صفحة 29 من التقرير. وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 تشرين الأول 1981، مجلة قصر العدل، 1982، 1، بانوراما، صفحة 89، حول صفة الغير.

(...) الذي كان والدهما قد تدخل فيه بصفة ممثل قانوني فقط لأولاده الأربعة القاصرين الذين كانوا قد ولدوا، Goldy Jean، أن يثبتا صورية هذا العقد بالوسائل كافة.

وهذه البيئة يمكن أن تستنتج من مجموعة قرائن. وهكذا، مثلاً، حكمت محكمة استئناف Douai، في 12 آذار 1980⁽¹⁾ بأن دخول الأولاد في شركة Simenin في شروط حصرية لتعهد رساميل كانت خاصة بهم، والاتفاق على ضمان ضد مخاطر الخسارة من قبل Louis Vilain، وإدارته كلي ما يتعلق بحفرة Gand مع تعهد بالمصاريف واستخدام الأموال التي بإمكانه التصرف بها، واعترافه ذاته بأن المدفوعات التي قامت بدفعها Malterie Louis Vilain كانت لحسابه، وكذلك واقع أن التعهدات التي اتخذها لم تكن متوافقة مع قرارات الشركة، تشكل مجموعة قرائن خطيرة ومنسجمة تقود إلى الاستخلاص أنه مارس نشاطاً شخصياً بغطاء شركة تست البرهنة على أنها وهمية.

بيد أنه ينبغي التذكير بأن الغير، عندما يمارس دعوى تعود إلى أحد فرقاء الصورية، يجد نفسه في وضع هذا الفريق ذاته وهو ملزم بأنماط البيئة نفسها⁽²⁾.

وبالمقابل، كما ذكرت بذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في حكمها بتاريخ 25 آذار 1981⁽³⁾، «يحق للورث من أصحاب الحصص المحفوظة أن يقدم البيئة على صورية تبرع يعتدي على حصته بالوسائل كافة». واستنتجت من ذلك بأنه «يحق له أن يستفيد من البيانات الواردة في كتاب والده بالنسبة إلى الطابع المجاني لاكتساب الملكية المنانزع فيه. ومن المعروف، بالفعل، أن الورث المتمسك بحق خاص به، وذلك حال الورث من أصحاب الحصص المحفوظة الذي يثير اعتداء على حصته الإرثية، له عند ذلك صفة الغير بالنسبة إلى الصورية⁽⁴⁾».

وأبانت الغرفة المدنية الأولى ذاتها، في 5 كانون الثاني 1983⁽⁵⁾، أن هذه البيئة يمكن تقديمها «عن طريق القرائن». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف، في ممارسة

(1) H. VILAIN, Simenin et consorts Vilain، حكم غير منشور. قارن به حكم محكمة استئناف باريس، 11 تموز 1990، D.S.1991، صفحة 33، تعليق Ch. LARROUMET، استنتاج صورية شبكة علامات في ما يتعلق بملكية مطار.

(2) انظر الرقم 536 السابق، وكذلك M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 440، رقم 342 - G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 318، رقم 307 - J.D. BREDIN، الفقرة المذكورة سابقاً، رقم 45، صفحة 286.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 105، صفحة 89 - انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول نيسان 1981، النشرة المدنية، I، رقم 118، صفحة 101، الحكم بأن الورث من أصحاب الحصص المحفوظة بإمكانه «إثبات حية مستمرة بالوسائل كافة» 21 تموز 1980، النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 186 - مجلة فسر العدل، 1981، 1، صفحة 26 من الموجز - 6 تشرين الثاني 1977، D.1978، صفحة 240، من الموجز.

(4) انظر الرقم 536 السابق.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 10، صفحة 7.

سلطانها السيدة في التقدير استخرجت، من ظروف البيع المتنازع فيه، ومن كيفيات دفع الثمن، ومن التفحص المقارن لموارد كل من الخليلين، ومن إفلاس الشارة وإظهارات إرادة السيد Jean Arviset المختلفة التازعة التي وهب خليلته، قرائن خطيرة ودقيقة ومنسجمة بما فيه الكفاية كان، إذ أثبتت في الوقت عينه عدم دفع الثمن والنية التبرعية، من شأنها إثبات الهبة المستترة. وقد أكدت هذا الحل أيضاً في 24 تشرين الثاني 1987⁽¹⁾ الغرفة نفسها.

كما حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض نفسها، في 7 شباط 1979⁽²⁾، في حكم نقض لانتهاك المادتين 1341 و1134 من القانون المدني، «بما أن الوريث الفرضي من أصحاب الحصص المحفوظة، له الحق في إثبات هبة مستترة بين الزوجين بالوسائل جميعاً وكان من شأنها الاعتداء على حصته، فإن من يمارضه بإمكانه هو نفسه أن يثبت بالوسائل جميعاً أن العقد المتنازع فيه ليس له طابع مجاني لأنه يتضمن مقابلاً يرتكز على التخلي المتلازم عن الحقوق لصالح أحد الزوجين». وكانت الهبة المدعى استارها في شكل بيع وقد عارضها ولد البائع من الزواج الأول لها مقابل المدول عن شيع الأموال بين الزوجين من قبل الزوجة التي كانت على طريق الطلاق.

وفي شأن الوصية «إذا كان التاريخ المدون في وصية بخط يد كاتبها ولم يعترض على الخط أو حكم بأنها بخط الموصي، وينبغي اعتباره صحيحاً، فإن البيّنة المماكة يمكن تقديهما ما دام أن أصل عناصرها ومبدأها هما في الوصية نفسها»⁽³⁾. وهكذا يشكل التنافر بين الذكر الضروري للتاريخ والبيان الاختياري لمكان تحرير الوصية المتنازع فيها وقد ثبت عدم صحتها «عنصراً» داخلياً للوصية موضوع النزاع يتيح الشك في صدق التاريخ المبين فيها» مما يفرض على قضاة الأساس البحث «عما إذا كانت الظروف الخارجية المتدبر بها... وجذرها كائن في هذا العنصر من شأنها إكمال البيّنة على كذب هذا التاريخ».

561 - البيّنة على الصورية عندما يرتدي العقد الظاهري الشكل الرسمي (أو الأصل).

لهذه المسألة أهمية خاصة ذلك بأن فاعلي الصورية غالباً ما يستخدمون عقداً موثقاً لدى الكاتب العدل لخلق ظاهر خادع. والاجتهاد⁽⁴⁾، وفقاً للقانون العام، قبل دائماً أن الصورية،

(1) الشرة المدنية، I، رقم 309، صفحة 221.

(2) الشرة المدنية، I، رقم 71، صفحة 46، D.1989، صفحة 66 من الضمير.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 شباط 1980، الشرة المدنية، I، رقم 48، صفحة 39 - النقض المدني، 11 حزيران 1902، D.P. 1902، صفحة 434 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 كانون الثاني 1979، الشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 3 - 17 كانون الثاني 1984، الشرة المدنية، I، رقم 25، صفحة 18. وكذلك M. GRIMALDI، La date du testament olographe، D.1984، صفحة 253 من العرض.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1971، الشرة المدنية، I، صفحة 228، رقم 270 - 8 حزيران 1968، الشرة المدنية، I، رقم 491، صفحة 387 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1958، D.1958، صفحة 748 - حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، =

في عقد رسمي، يمكن أن يبرهن عليها الفريقان كما الغير بدون أن تكون ثمة ضرورة إلى اللجوء إلى الطعن عن طريق التزوير، عندما لا تكون مادية التصريحات الواردة في العقد هي موضوع المعارضة وإنما صدقتها وحسب⁽¹⁾. ومعارضة صدق تصريح الفريقين، بالفعل، «لا تؤدي إلى مناقشة واقعة ثبتت منها موظف عام شخصياً حرر العقد مجدداً»⁽²⁾، وهو شرط ضروري للاعتراف بالشكل الرسمي.

غير أنه لوحظ أن بعض الأحكام يبدو أنه ذهب أبعد من ذلك بقبول أن الصورية المحققة في عقد رسمي والتي يتمسك بها أحد الفريقين يتم إثباتها بالوسائل كافة، وذلك شذوذاً عن القانون العام للمادة 1341 من القانون المدني⁽³⁾. ولا شك في أن هذه الأحكام كان يمكن أن تبني هذا الحل على التحقق من الغش الذي يبدو موجوداً في الحالات المعنية. بيد أن محكمة النقض يبدو أنها قبلت أن الصورية، في هذا المجال، بعد ذاتها، تنتج مفاعيل الغش بدون أن يكون من الضروري التحقق منها⁽⁴⁾.

حتى أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض قبلت، في حكمها الصادر في 30 تشرين الأول 1981، في غياب الغش، وفي أي حال بدون أي تلميح إليه، أنه «أيّاً كانت البيانات الواردة في العقد المبرم لدى الكاتب العدل، كان من الممكن دائماً إثبات الصورية التي تشوب هذا العقد بالوسائل كافة»⁽⁵⁾.

-
- = 2 تموز 1953، مصنفات الاجتهادات الدورية، 1954، II، 8324، تعليقات P. OURLIAC et M. de JUGLART - النقض المدني، 5 حزيران 1950، S.1951، 1، صفحة 138؛ النشرة المدنية، I، رقم 192، صفحة 97 - حكم غرفة العرائض، 8 كانون الأول 1937، مجلة قصر العدل، 1938، 1، صفحة 179؛ D.H. 1938، 114 - النقض المدني، 7 كانون الثاني 1935، D.H. 1935، 1، صفحة 128 - 2 نيسان 1924، مجلة قصر العدل، 1924، 2، صفحة 54 - حكم غرفة العرائض، 28 كانون الأول 1904، D.1905، I، صفحة 422 - 4 كانون الثاني 1897، D.P.97، 1، صفحة 126 - 26 حزيران 1883، D.P. 84، 1، صفحة 229 - 24 تشرين الثاني 1881، S.81، 1، صفحة 404.
- (1) حكم الغرفة المدنية، الأولى في محكمة النقض، 8 حزيران 1966، المذكور سابقاً.
- (2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1971، المذكور سابقاً.
- (3) انظر J.D. RAEDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 37 ورقم 38، صفحة 281، الذي استشهد بحكم غرفة العرائض، 30 أيار 1900، S.1901، 1، صفحة 27 - النقض المدني، 5 آب 1902، S.1903، 1، صفحة 319 - حكم غرفة العرائض، 9 كانون الأول 1913، D.P.1919، 1، صفحة 29 - النقض المدني، 5 حزيران 1950، S.1950، 1، صفحة 138.
- (4) انظر J.-D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً.
- (5) النشرة المدنية، I، رقم 491، صفحة 387. تمكنت المحكمة الإدارية في سين، تطبيقاً لهذا الاجتهاد، من الحكم صراحة، في 26 أيار 1966، (مجلة قصر العدل، 1965، 2، صفحة 390)، بأن الصورية تنتج في العقود الرسمية مفاعيل الغش ذاتها مما يجيز لمكتسب الملكية الحقيقي أن يحمل منها البينة بالوسائل كافة، ولا سيما عن طريق مجرد قرائن ضد مكتسب الملكية الوهمي. وهذا الحل المنازع فيه بالنظر إلى القوة المشيئة التي يجب أن ترتبط بالمعقود الرسمية يمكن أن يترافق مع ذلك بالخطورة الخاصة لصورية ترتدي هذا الشكل. انظر في الاتجاه ذاته J.D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 320، صفحة 317 ورقم 318.

ويبدو أن محكمة النقض عادت، منذ ذلك الحين، إلى حل أكثر توافقاً مع الشفة المتوجبة للتحقيقات من العقد الرسمي.

وطرحت الغرفة التجارية، في 12 تشرين الثاني 1974⁽¹⁾، من حيث المبدأ، في حكم نقض لانتهاك المادة 1319 من القانون المدني «أنه، استناداً إلى أحكام هذه المادة، إذا كانت العقود الرسمية توحى بثقة تامة إلى أن يتم الطعن في الاتفاقيات التي تتضمنها، فذلك بالنسبة إلى الوقائع التي ضمنتها إياها الموظف العمومي بأنها جرت بحضوره، بيد أن هذا النص لا يشكل عفة أمام إمكانية أن تكون الاتفاقيات أو التصريحات التي تحتربها مشوبة بالصورية إما من قبل الغير، وإما من قبل أحد الفريقين». واستنتجت من ذلك أن المدعين «يحق لهم أن يشيخوا، ضمن أحكام القانون العام، الصورية التي يرون أن العقد الرسمي مشوب بها». إن الطعن عن طريق التزوير المستبعد لسبب رسميته ليس مرتبطاً هنا إلا بما تحقق منه الكاتب العدل شخصياً.

وقد استعادت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في حكمها الصادر في 4 آذار 1981⁽²⁾، المبدأ ذاته في التعابير عنها.

وقد لاحظت في 19 نيسان 1977⁽³⁾ أن «أن الكاتب العدل محرر العقد إذا لم يتحقق بنفسه من الدفع، فإن يئنه كبدّه ليست ضد الثقة المتوجبة للتحقيقات التي قام بها في ممارسة وظائفه مع أنها تحققت بالموازاة من وجود الغش. وبالعكس ذكرت، في 8 كانون الثاني 1975⁽⁴⁾، بأنه، عندما تكون الواقعة، ولاسيما التسديد، قد حصلت «بمراى من الكاتب العدل»، لا يستطيع المدعي أن يدعي أنه قام بالتسديد بموجب شيك مسحوب على حسابه الجاري الشخصي، ذلك بأن «ادعاء كهذا مناقض لتحقيقات (...) عقد رسمي، ولا يمكن القيام به إلا الطعن عن طريق التزوير».

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 286، صفحة 235، مجلة قصر العدل، 1975، 1، صفحة 36 من الموجز؛ D.1975، صفحة 27 من التقرير.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 79، صفحة 85.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 172، صفحة 135، بزميات الكتابة العدل، 1978، البند 54251، ملاحظة J.V.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 10، صفحة 10. على أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض حكمت، في 29 تشرين الأول 1974، (مجلة قصر العدل، 1975، صفحة 4 من الموجز، حكم غير منشور في النشرة الرسمية)، بأن الثقة المتوجبة للعقد الرسمي غير مرتبطة إلا بالتحقيقات التي يقوم بها الكاتب العدل وليس بالتحقيقات، المتعلقة بمصدر الأموال التي لم يتحقق من مصدرها، ومع الأخذ في الحسبان أن الصورية يمكن إثباتها بالوسائل جيداً عندما يكون هدفها تفويض عمل يحظره القانون، كهيئة سيها غير مشروع، فقد تمكنت إحدى محاكم الاستئناف من التقرير، رغمًا عن الذكر بأن الشك الكامل للمقار جرى دفعه بمراى الكاتب العدل، وبالنظر إلى التحقيقات المقدمة واتفاق الفريقين أمام قضاة الأساس، بأن اكتساب الملكية المتنازع فيه جرى بأموال قلمها للشارية غليلها وأنه يشكل حبة مسرة كان سيها استمرار العلاقات غير المشروعة القائمة بين الفريقين وكانت، بالتالي مشوبة بالطلان.

الباب الفرعي II

نسبية الرباط الإلزامي

562 - ليس للعقد، كما رأينا، من حيث المبدأ، مفاعيل إلزامية إلا بين الفريقين.

ولا تمتنع نسبة الرباط الإلزامي مع ذلك إبرام عقود لصالح الغير تنبئ له أن يصبح فريقاً فيها. وهذه العقود لصالح الغير، سواء تعلق الأمر بالتمثيل أو الاشتراط لصالح الغير، لها اليوم أهمية عملية ونظرية كبيرة.

ونسبية الرباط الإلزامي لا تشكل عقبة أيضاً أمام التنازل عن العقد، على الأقل عندما يجيز القانون هذا التنازل أو يفرضه، لأن التنازل الاتفاقي المفترض عن العقد ينشئ فقط عقداً جديداً بين المحيل والمحال عليه. ويشكل التنازل عن العقد، في الفرضيات التي يجيزها القانون أو يفرضها، بخلاف حوالة الحق أو حوالة الدين، عملية تتناول العقد ذاته وليس الموجبات التي يولدها فقط. ولذلك ينبغي أن تتم دراسته هنا. وسنرى أنه يفسح في المجال للجدال مهم يفرض حله نظاماً بكامله.

وتصحح لعبة الدعوى المباشرة أخيراً المفعول النسبي للعقد إذ تتيح امتداد بعض المفاعيل الملزمة للعقد لصالح الغير الموجود في وضع خاص، بدون أن يكنسب مع ذلك صفة فريق لأنه لم يبرم العقد ولم يتم استبداله بمن أبرموه، ويشمل هكذا امتيازات مرتبطة بهذه الصفة، أي سلطة تعديل العقد أو وضع نهاية له بتوافق إرادته مع إرادة الفريق الآخر. والدعوى المباشرة هي اليوم وافرة العدد وأهميتها العملية متنامية ومسألة مجموعات العقود التي تقسح في المجال هي أيضاً للجدال مرتبطة بشكل وثيق بها. وهذا يعني الأهمية العملية والنظرية للدراسة الدعوى المباشرة.

وسندرس على التوالي العقود لصالح الغير والتنازل عن العقد والدعوى المباشرة.

الفصل الأول

العقود لصالح الغير

563 - منرى، إلى جانب التمثيل الاتفاقي، الوعد بضممان موافقة الغير والاشتراط لصالح الغير اللذين يتيحان إبرام العقود لصالح الغير.

القسم 1

التمثيل الاتفاقي (أو النيابة الاتفاقية)

564 - التمثيل الضروري لثمة التبادلات ينير جدالاً حاداً على الصعيد النظري.

يؤخذ تقليدياً بأن ثمة تمثيلاً عندما ينتجز أحد الأشخاص عملاً قانونياً باسم شخص آخر ولحسابه ضمن شروط بحيث أن المفاعيل الإيجابية والسلبية لهذا العمل تنتج مباشرة في ذمة هذا الشخص الأخير المالية⁽¹⁾.

ولهذه الإروالية تاريخ غامض⁽²⁾. ويبدو أنها لم تفرض نفسها إلا تحت ضغط الحاجات المتزايدة للتجارة القانونية⁽³⁾.

كانت شكلية القانون الروماني الأولى تتطلب ممن يبرم عقداً أن ينتجز شعائر معدة لتحديد الإرادة بدقة والإحاطة بها. وهكذا لا يمكن أن يكون الشخص الذي لم ينتجزها ملتزماً⁽⁴⁾. يضاف إلى ذلك أن الروابط التي تربط بين شخصين وليس بين ذمتين ماليتين في

(1) H. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, الطبعة الثانية، 1904، صفحة 329 - R. DEMOGUE, Traité des obligations en général، الجزء I، 1923، رقم 89، صفحة 73 - M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، الموجبات، 1930، P. ESMEIN، رقم 54، صفحة 70، ومنذ وقت أحدث F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 165، صفحة 131 - G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations، الموجبات الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، رقم 91، صفحة 86 - Ch. LARROUMET, Droit civil، الجزء III، الموجبات - العقد، الطبعة الثانية، 1990، رقم 153، صفحة 149 - J. CARBONNIER, Droit civil، الجزء IV، الموجبات، الطبعة السادسة عشرة، 1992، الفقرة 116، صفحة 228.

(2) بدأت بها في روما «انظر حول قانون اليونان القديمة وإمكانية التمثيل - L. BEAUCHET, Histoire du droit - privé de la République athénienne، الموجبات، 1887، صفحة 375.

(3) تشار: R. SAVATIER, L'écran de la représentation devant l'autonomie de la personne، 1959، صفحة 47 وما يليها، الذي، بعد أن رد مختلف التفسيرات التقنية للتمثيل، يستسلم أمام الأمر الواقع لبيان أنها «تبدو (...) كظاهرة صادرة عن حاجة الحياة القانونية» (رقم 4، صفحة 48)، وتتيح «شعاع» الوعد (رقم 11، صفحة 50).

(4) انظر J. ORTOLAN, Explication historique des instituts de l'Empereur Justinien، الطبعة الثانية -

القانون الروماني⁽¹⁾، والتي تمت بحضور كل منهما هي وحدها التي يمكن الالتزام بها. واستحالة إبرام عقد عن طريق التمثيل الناتجة عن ذلك لها حدودها في الطابع الجماعي للقانون الروماني. إن الأشخاص الموضوعين تحت تبعية رئيس الأسرة (olien juris) بإمكانهم بالفعل اكتساب الملكية بشكل سليم لصالح هذا الأخير⁽²⁾. حتى أن المقرض، حوالي نهاية الجمهورية، كان يقبل أن يتمكن هؤلاء الأشخاص من التعاقد على ديون باسمه⁽³⁾. ويبدو خارج هذه الفرضيات، ورغم أن ترشيح مجال الدعوى المسماة *adjectioe qualitatis*⁽⁴⁾. إن السماح للغير بممارسة دعوى نافعة ضد الموكل ومن يناس لحسابه كان بمثابة الفقيه *Popinien* وحسب⁽⁵⁾. وإذا كان يمكن اعتبار أن فكرة التمثيل بدأت باختراق القانون الروماني عن طريق دعاوى كهذه، فإن الدائن لم يفعل سوى أن أضاف إلى داتته دالناً آخر بدون أن تسري مفاعيل العقد على هذا الدائن الآخر بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁽⁶⁾. وهذا العمل، المعتمد من وجهة النظر السلبية، لم يؤخذ به من الناحية الإيجابية

= عشرة، 1883، تأليف J-B. LABBÉ، رقم 1337، صفحة 199: «يتكون العقد بالأقوال (verbis) وقديماً بين الذين تفرعوا بها: *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur*».

(1) انظر *TELEMAN*, De la représentation en matière réelle et personnelle en droit romain مطروحة في باريس، 1900، صفحة 9 وصفحة 10، وحول العرض العام «للتمثيل» في القانون الروماني، الصفحات 61 إلى 125.

(2) انظر *P.C. DE SAVIGNY*, Traité de droit romain الجزء III، الطبعة الثانية، 1856، ترجمة Ch. Doumoux، الصفحات 93 إلى 85. على أن هذا التحقيق كان مقيداً في الممارسة لأن رئيس الأسرة، الذي أصبح من هذه الطريق دائماً وليس مديناً، لم يكن بإمكانه إبرام أي عقد معاوضة.

(3) انظر *F. GIRARD*, Manuel élémentaire de droit romain، الطبعة الثامنة، 1929، تأليف F. SENN، الصفحات 707 إلى 713.

(4) انظر *M. STORCK*, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques منشورات L.G.D.J، 1982، مقدمة *HUET-WEILLER*، رقم 98، صفحة 75.

(5) *F. GIRARD*، المرجع عنه، صفحة 713 وصفحة 714.

(6) استنتج *F. GIRARD* من ذلك (المرجع عنه، صفحة 715)، أنه لم يكن هناك تمثيل حقيقي نتيجة اعتبار أن عقد الممثل قد أُنجز الممثل، ذلك بأنه، إذا أصبح من أبرم العقد لصالحه خاضعاً للملاحقات فإنه كان يبقى فيه دائماً خاضعاً له: تمثيل حقيقي يستدعي، من جهة أولى، أن يكون الممثل خاضعاً للملاحقات، مع أن اسمه لم يرد في العقد، ومن جهة ثانية، أن لا يكون الممثل خاضعاً للملاحقات، ولو كان في العقد. وبتأثير آخر يعارض المؤلف واقع أن الحالات المسماة تمثيلاً غير كامل تشكل تمثيلاً آميلاً (انظر مع ذلك الصفحة 716، الفقرة 3، حيث يتكلم المؤلف على «تمثيل كامل» في حالتين استثنائيتين وفيهما تنتج مفاعيل العقد مباشرة، وإنما ليس حصرياً، على شخص الممثلين). ومن المناسب البيان هنا أن مفهوم التمثيل غير الكامل ظهر في الأدب القانوني حديثاً نسبياً، إلى درجة أن التفرقة بين التمثيل الكامل والتمثيل غير الكامل تشكل لدى بعض المؤلفين قمة التقسيم لعرض المادة (انظر *Ph. MALAURIE et L. AYNÈS*، *obligations*، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 684 وما يليه. *Ch. LARROUMET*، المرجع عنه، رقم 154، وما يليه. *F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE*، المرجع عنه، رقم 185 وما يليه. قارن به *CARBONNIER*، المرجع عنه، الفقرة 117، صفحة 230، الذي يفرق في صدد مفاعيل التمثيل الفوري وغير الفوري بين التمثيل الفوري وغير المباشر). وتنبع دراسة القانون الروماني معارضة وصف «التمثيل المعطى للتمثيل غير الكامل» (انظر بهذا المعنى *G. MARTY et P. RAYNAUD*، المرجع عنه، رقم 81، =

فقد جرت معارضة هذا التوسع، رغمًا عن مماثلة ممكنة بين الوضعين⁽¹⁾، عندما لا يؤخذ بأن الرسيط الملزم دائماً يكون الدائن الوحيد مما يوصل إلى التضحية بمصلحته⁽²⁾.

ويبدو، في ما هو أبعد من هذا الشكل التقني، أن تطور القانون الروماني يمكن تفسيره بالانتقال من مجتمع زراعي إلى مجتمع تاجر عليه مضاعفة علاقات الأعمال الغاية بعيداً عن الدائرة العائلية⁽³⁾. وليس ثمة ما يدعو إلى الدهشة إذاً أن يكون التمثيل، رغمًا عن الاستثناء الشهير المنازعات الكنسية العنيفة منذ القرن التاسع⁽⁴⁾، مجهولاً على وجه التقريب من القانونيين حتى بداية القرن الثامن الموسوم بتجدد التبادلات التجارية والدبلوماسية⁽⁵⁾. إن فقهاء القانون الكنسي، يكون التمثيل كان مقبولاً في تلك الحقبة، هم الذين سيؤكدون بشكل أساسي نظريته⁽⁶⁾ حتى القرن السابع عشر إلى درجة أن Pothier و Domat سيكتفيان باستعادة الصيغ القائمة⁽⁷⁾.

ولهذا لا تحوي مدونة قوانين نابوليون أي نص عام متعلق بهذه الإوالية⁽⁸⁾. ولم تعالج

- = صفحة 86. قارن بـ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*، الجزء 1، الطبعة الثانية عشرة، 1932، تأليف G. RIPERT، رقم 300، صفحة 124، الذي يأخذ بأن التمثيل يدل على تدخل شخص يعمل لصالح الغير بدون أن يتأثر بالتأثير القانوني التي ينتجها العقد). وإوالية «التمثيل غير الكامل» تدور بالفعل مقترنة بتطبيق نعيم للقانون الروماني لم يمت إطلافاً على هذا النمط (انظر H. CAPITANT، المرجع عينه، صفحة 331). إمكانية إبرام عقد بواسطة الغير لا تستوجب بالضرورة أن يكون هذا العقد قد تم إبرامه عن طريق التمثيل (انظر J. ORTOLAN، المرجع عينه، رقم 1551، صفحة 313 و صفحة 314).
- (1) انظر F. GIRARD *volontaire*، المرجع عينه، صفحة 717، التعليق 2، والمؤلفين الألمان المستشهد بهم.
- (2) P. GIRARD، المرجع عينه، الصفحات 717 إلى 719.
- (3) انظر على سبيل المثال، F. C. SAVIGNY، المرجع عينه صفحة 95. وكذلك C. GIVERDON، *L'évolution du contrat de mandat*، أطروحة في باريس، 1947، رقم 11 وما يليه.
- (4) لجأت الكنيسة التي لم تستطع الدفاع أمام القضاء العلماني إلى وكلاء مختصين بالحقاوي. ومن الممكن مع ذلك أن تكون مهمتهم، قد امتدت إلى إبرام عقود قانونية؛ انظر F. SENN، *L'institution des avoueries ecclésiastiques en France*، 1903.
- (5) وهكذا يرسل البابا، منذ القرن الثامن في مهمة، ممثلين له مزودين بامتيازات واسعة لتسهيل - تقرير R. DE QUENAUDON، *Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions internes et internationales*، أطروحة في ستراسبورغ، 1979، طبع على الآلة الكاتبة؛ رقم 22، صفحة 40، نسبة غياب اللجوء إلى إوالية التمثيل، ولا سيما ابتداء من القرن الثامن، «إلى تقليص التبادلات، أي إلى «جعل الغرب ريفياً» وإلى التكمالي الألفاني». قارن، في القرن السادس عشر، بصيغة Loyel: «من يجعل الغير يعمل يعمل ما فيه الكفاية» (انظر H. ROLAND et L. BOYER، *Adages de droit français*، منشورات Lécote، الطبعة الثالثة، 1932، رقم 23).
- (6) لتأثر نظرية السيد في الحدين (التي كرسها بونيفاس الثالث في برأته البابوية Unan Sanctum (في العام 1302) وبمقتضاها يمارس الملوك والباباوة سلطتهم الزمنية عن طريق تسييل رأس الكنيسة الذي يمثل بدوره لله على الأرض.
- (7) انظر حول مجمل المسألة - J. L. GAZZANIGA، *Mandat et représentation dans l'ancien droit*، القوانين (6) التصيل، 1987، الصفحات 21 إلى 30.
- (8) تعالج مذكرات قوانين أحدث وحدها التمثيل بصورة هامة، كمذكرات القوانين الألمانية (المواد 184 إلى -

هذه المدونة، خارج حالة التمثيل الإرثي الخاصة⁽¹⁾، إلا الإوالية في شأن الوصاية والوكالة⁽²⁾.

وقد أثارت إوالية التمثيل القانونية، التي جرت ممارستها إلى حد كبير وكانت منفعتها الاجتماعية مقبولة⁽³⁾، جدالاً نظرياً حاداً خلال القرن التاسع عشر، ولم يكن ذلك لدى المؤلفين الألمان والإيطاليين وحسب وإنما لدى الفرنسيين أيضاً. إن مناقشات كهذه تتجاوز مجال التمثيل الاتفاقي وحده وتنبجس أحياناً من جديد معروفة وتستحق مجرد ذكرها. إلا أنه يجب أن لا نتغنى توجه القانون الوضعي الذي هو أقل رسماً بالنقاشات النظرية مما هو مرسوم بإرادة ثابتة لتسهيل نمو التبادلات⁽⁴⁾ ويتزع أيضاً إلى توسيع مجال التمثيل الاتفاقي.

وهذا النقاش المزدوج حول طبيعة التمثيل ومجاله ما أن يدور ويتيح بصورة أفضل تطبيق مفهومه، حتى يكون بإمكاننا معالجة المسألة الأكثر ثباتاً لنظامه.

الفقرة 1 - مبادئ التمثيل الاتفاقي

565 - يبقى الأساس القانوني للتمثيل أحجية إلى حد كبير. ولم يتمكن أي من التفسيرات المقدمة على التوالي على المسألة المطروحة - كيف يمكن أن لا يكون أحد الأشخاص الذي يرم عقداً يحدد بعض نصوصه ملزماً بهذا العقد الذي ينتج مفاعيله على شخص الغير؟ - من الإتيان بجواب يتلقى موافقة جماعية.

ولهذا عرفت إوالبته صلابه ثابتة، فمفهومها تعدل اليوم، بتأثير هذا العامل القوي لنمو التبادلات بصورة أساسية، هذا النمو الذي يشكل في الحقبه الحالية تطور تقنيات توزيع المنتجات والخدمات.

= (180) والسويسرية (المواد 32 إلى 40 من قانون الموجبات) - انظر حول لصحة من القانون العقارون R. DEMOQUE، المرجع فيه، الأرقام 151 إلى 155 ثلاثاً.

(1) المادة 739 وما يليها من القانون المدني. وفي رثاية تقليدية يفترق التمثيل في العقود القانونية عن التمثيل الإرثي لأنه لا ينظر إلى الأول كتمثيل للشخص وإنما للإرادة.

(2) قارن بـ POTHIER, in Œuvres de Pothier، تأليف M. BUGNET، الجزء V، 1847، رقم 87، صفحة 207، الذي يُسند إلى التمثيل في مجال الوكالة وحده عندما كتب «أن الوكالة» في هذه المادة «تفترض أن يكون الموكل قد تعاقد من طريق من كلفه (وكيله)».

(3) ألم يكتب Troplong Droit civil expliqué، الوكالة، الجزء XVI، 1848، صفحة 13 إن «الإنسان يتضاعف، من طريق الوكالة، في الأماكن الأكثر تنوعاً، ولذلك لا حاجة إلى التنبج أو السر هل أن مجرد عقد يكفي لمبته النتيجة».

(4) يجب كذلك بيان أن التمثيل ليس سوى وسيلة تقنية في خدمة المصالح العملية عندما يقبل نظاماً مفهوم اللغة المالية للتخصيص. فالبلدان الانغلو-ساكسونية التي لا تعرف التمثيل تسهل مع ذلك إدارة أموال الغير حتى أنها تتيح للغير أن يدير مجموعات متميزة من الأموال؛ انظر حول هذه النقطة، B. GAILLARD، Le، صفحة 92 و93.

représentation et ses idéologies en droit privé français (6)، التمثيل، 1987، صفحة 92

I - أساس التمثيل الاتفاقي المتعذر إيجاد

566 - التمثيل، في الفقه التقليدي، مبني بدلاً على الإرادة، الوهمية أو الحقيقية، وعلى القانون الموضوعي.

إن الجدالات النظرية الأكثر تقليدية التي تتجاوز مجال التمثيل الاتفاقي تضع في المواجهة المؤلفين الذين يبنون إوالتهم على الإرادة والذين يبنون عدم منفعتها أو يقدرون أنه ليس سوى مفعول للقانون الموضوعي⁽¹⁾. على أن أيّاً من البراهين المقدمة من هذا الجانب أو ذاك ليس مرضياً الكامل.

وينقسم المؤلفون المتعلقون بالإرادة إلى فئتين.

هناك أولاً الذين يرون أن التمثيل هو وهم إرادة؛ فالممثل «يفترض» أنه يرتبط بالغير عن طريق ممثله *qui mandat, ipse fecisse videtur*⁽²⁾. وينبغي أيضاً التفريق بين بعض المؤلفين الألمان الذين، إذ يأخذون بفكرة الوهم، يرون أن الممثل هو المتعاقد الحقيقي⁽³⁾. بيد أنه جرى بصواب بيان أن وهماً كهذا بشكل، إذ ربما يكشف الصعوبة في صنع مفاهيم جديدة، التثبت من عجز أكثر مما يشكل تفسيراً⁽⁴⁾.

ويمكن آخرون من تسويغ التمثيل استناداً إلى حقيقة الإرادة. غير أن هذه الفئة لا تستبعد التفريق.

وهكذا شدد Savigny أولاً على إرادة الممثل بتقليص الممثل إلى مجرد رسول⁽⁵⁾.

(1) انظر حول تقديم مفصل لمختلف التحاليل الفقهية، R. DE QUÉNAUDON، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 45 - 73.

(2) انظر بهذا المعنى، بالإضافة إلى Pothier (المرجع عنه، رقم 87، صفحة 207) الذي غالباً ما يظهر نفوذه، J.-E. LABBÉ، Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires، M. TROPLONG، المرجع عنه، رقم 595 صفحة 565؛ 11: «يجب اللجوء إلى وهم للقول إن من ورد في عقد ما غير ملزم، في حين يلزم أحدهم الذي لم يوافق عليه» - M. PLANTOL، تعليق على حكم الغرفة المدنية، 18 تموز 1892، D. 1892، 1، صفحة 565، حول «تولية رمزية»؛ Traité élémentaire de droit civil، الجزء I، المذكور سابقاً رقم 1848، صفحة 634، وما يليها الجزء II، الطبعة الحادية عشرة، تأليف G. RIPERT، رقم 2240 مكرر، صفحة 789 (مع أن التحليل مردود في PLANTOL et RIPERT، المرجع عنه، رقم 65، صفحة 73) - M. BOYER، Essai sur la représentation dans les actes juridiques، أطروحة في تولوز، 1898، صفحة 4 - Maguin، De la représentation، أطروحة في باريس، 1899، صفحة 6 - P. BOUQUIER، Etude générale de la représentation dans les actes juridiques، أطروحة في موبيلييه، 1899، صفحة 22.

(3) G. MADRAY، Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français، الجزء II، الفقرة 313، الذي استشهد به، الأطروحة في بوردو، 1931، صفحة 110.

(4) انظر أعمال رابطة A. ROUAST، rapport sur la représentation dans les actes juridiques، H. CAPITANT، الجزء IV، 1949، صفحة 117 - G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 108.

(5) الموجبات، II، الفقرة 57 وقد استشهد به E. PILON، Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations، رقم 26 وما يليه.

ولكن ذلك يؤدي إلى إنقاص دور الممثل للغاية⁽¹⁾، وهو الذي يملك، باعتباره مجرد ناطق (nontuis)، نوعاً من المبادرة، وإلى جعل مختلف حالات التمثيل القانوني بدون تفسير.

وأقام غيرهم وزناً لإرادة الممثل. فقد كتب أحدهم⁽²⁾ أنه إذا كان الممثل ملتزماً فلأن «إرادة الممثل جاءت بدلاً عن إرادة الممثل (...)» وشاركت مباشرة وقبلياً في تكوين العقد الذي ينتج مفاعيله في ذمة الممثل المالية. وهذه السلطة المطلقة المعترف بها لسلطان الإدارة⁽³⁾ كانت بالطبع موضع انتقاد الذين أعادوا النظر في الملعب⁽⁴⁾. وأكثر من ذلك، أخذ عليها عدم تفسير جميع حالات التمثيل القانوني⁽⁵⁾ والاتفاقي⁽⁶⁾، وارتكاز لا يأخذ به

(1) انظر M. STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 118، صفحة 86.

(2) E. PILON، المذكور سابقاً، رقم 31، صفحة 47. يرتكز تحليل المؤلف على نظرية موضوعية للموجب: وهذا الموجب، بكونه رابطاً بين ذمتين ماليتين، فإن الشخص ليس فيها سوى الجهاز، ولذلك «كل ذمة مالية يمكن أن توجد ملزمة بلزمة مالية أخرى غير جهازها الطبيعي» (...). لا أستطيع وضع إرادتي في خدمة ذمة مالية أخرى بدون التزام ذهني المالية⁽⁷⁾ الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 31، صفحة 48. قارن به J. CLARISSE، De La représentation. Son rôle dans la création des obligations، أطروحة نسي ليل، 1949، ولاسيما رقم 86، صفحة 173، ورقم 89، صفحة 178، الذي يفصل بين المنصتين الموضوعيتين والذاتي للعقد لياخذ بأن مفاهيم العقد يمكن أن تنجح في ذمة مالية متميزة عن الذمة المالية للشخص الذي أبرم العقد. وهذا الفصل بين الذمة المالية والشخص بدأ أنه أغرى H. CAPITANT، المرجع عنده، صفحة 335: «ليس من الأفضل (...) الاعتراف أعيراً بأن العقد القانوني يمكن أن ينتج مفاعيله عن شخص غير الشخص الذي أنجزه».

(3) انظر D. CORBESCO، De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats، أطروحة في باريس، 1912 (بإشراف Planiol)، رقم 89، صفحة 77: يتبع مبدأ سلطان الإدارة «تلتخص أن يجعل من مبادرتة الشخصية أصحاً قانونية تنتج مفاعيلها مباشرة ونوراً في ذمة الممثل المالية». انظر أيضاً F. CHABAS et J. MAZEAUD et J. H. L.، الموجبات - النظرية العامة، 1991، الطبعة الثانية، تأليف F. CHABAS، رقم 155، صفحة 139.

(4) انظر G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، الصفحات 114 إلى 122. قارن به R. SAVATIER، السقالة المذكورة سابقاً، رقم 1، صفحة 47، الذي يبين أن «سلطة سلطان الإدارة ليس لها معنى إلا أن تكون الإدارة التي ألزمت الإنسان في لإداعته».

(5) كيف يمكن أن تحمل إرادة الممثل محل إرادة الممثل غير الموجود من حيث المبدأ؟

(6) إنها تترك مختلف حالات التمثيل الاتفاقي بدون تفسير. نظرية سلطان الإدارة تمتع بالتعامل أن يكون الشخص ملزماً بدون أن يكون قد أراد ذلك. كما يرى المتمسكون بها أن حدثاً هو في «معاوضتها الصريحة» (D. CORBESCO، المرجع عنده، قارن به E. PILON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 36، صفحة 51). ورأى بعضهم (G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 120 وصنعة 121؛ R. SAVATIER، السقالة المذكورة سابقاً، رقم 4، صفحة 48) أن نظرية سلطان الإدارة وحدها لا تصلح كتفسير كون الموكل ملزماً بالمعقود التي أبرمها الوكيل الذي حرزه عندما يكون الغير حسن النية (انظر الرقم 584 لللاحق). وهذا النقد المرتكز على نظرية الظاهر ليس مع ذلك خاصاً بالتحليل الإرادي للتمثيل؛ ولا يمكن أن يشكل فيها نقداً حاسماً. والتمثيل الاتفاقي بالمقابل، ولو كان منبياً على إرادة الممثل، يصطدم بالأحكام الفردانية للساءة 1134 (إذال كان الممثل «يصنع» العقد بإبرامه فيجب أن يكون ملزماً به؛ والحال أن التمثيل لا يجبر، من حيث المبدأ، إلا للسلق)، والسادة 1165 من القانون المدني، وهي النتيجة الطبيعية، تشمل «الفرقاء المتعاقدين؛ كما الفرقاء الذين «صنعوا» العقد، خارج الفرضية القانونية للوكالة (المادة 1984).

القانون الوضعي على فصل بين الذمة المالية والشخص⁽¹⁾، وفي الحقيقة عدم استبعاد أي حصة من الوهم⁽²⁾.

فأخذ بعضهم عند ذلك بأن التمثيل هو كيفية للعقد القانوني، باعتبار أن الكيفية تعرف بأنها أحد العناصر الطارئة الذي يتأثر مضمونه القانوني بالقانون أو بإرادة الفريقتين⁽³⁾. والعمل القانوني، من حيث المبدأ، لا يربط إلا الأشخاص الذين شاركوا في تكوينه. والكيفية التي هي التمثيل هنا ينبغي أن تتبع للعقد المبرم بين الممثل والغير أن ينتج مفاعيله على شخص الممثل. بيد أنه لا يمكن قبول أن التمثيل ليس سوى كيفية (أو حق إرادي) للعقد بالطريقة نفسها كما الأجل أو الشرط، أي عنصر ثانوي؛ إنه من جوهره ذاته: فعقد التمثيل بدون تمثيل يستحيل وجوده⁽⁴⁾.

وادعى مؤلفون آخرون بناء التمثيل على تعاون الممثل، إنها الفرضية التي نادى بها Demogue في فرنسا⁽⁵⁾: يحدد Demogue، بعد أن علم بتقهقر الفردانية لصالح التضامنية، أن الممثل والممثل يشكلان فريقاً اجتماعياً يجب أن يتحمل، بالنسبة إلى الغير، شكل تضامن إيجابي يتعلق بعقد الإدارة المعد للتنفيذ⁽⁶⁾. على أنه من الصعب تفسير هذا التضامن نقياً،

- (1) انظر A. ROUAST، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 118. يستند المؤلف إلى المادة 2092 من القانون المدني التي تنص على أن من يلتزم «شخصياً» يلتزم على مجمل ذمته المالية. وهذا البرهان يتكبر إذا اعتبرنا أن التمثيل لا يمثل كاستقلال شخص الممثل بشخص الممثل.
- (2) كيف يمكن بالنظر اعتبار التمثيل يتحمل في أن تحمل محل الشخصية القانونية «الحقيقية والتامة» (B. PILON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 31، صفحة 46) محل إرادة السائل بدون اللجوء إلى الوهم؟ - انظر M. STORCK، المرجع عنه رقم 115 وما يليه.
- (3) H. LÉVY-ULLMANN، La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques، in Acta academicae universalis jurisprudentis comparativae الجزء 1، 1924، صفحة 342. انظر في الاتجاؤه عنه L. OSIAS، L'acte abstrait en droit comparé، أطروحة في باريس (بإشراف Lévy- Ullmann)، 1924، صفحة 23. R. POPESCO-RAMNICEANU، De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé، الصفحات 217 إلى 221، 221، Réflexions sur le problème de la représentation en droit privé، المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1932، صفحة 435 وما يليها.
- (4) انظر G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 127 وصفحة 128. ROUAST - المرجع عنه، صفحة 119. M. STORCK - المرجع عنه، رقم 124، صفحة 89، والإشادات المستشهد بها.
- (5) تقرير MITTIES، Die Lehre von der stellvertretung، 1885، الفقرة 13، الصفحات 109 إلى 126 وتلخيص TARTUFARI، Della rappresentanza nella conclusione die contratti، 1904، الصفحات 109 إلى 126. Demogue، المرجع عنه، رقم 149، قارن ب H.-L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عنه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 155، صفحة 139 وصفحة 140.
- (6) المرجع عنه، ولا سيما رقم 150، الصفحات 242 إلى 244، يضيف المؤلف أن «الممثل شخص له، لأسباب تضامن اجتماعي، سلطة على ذمة الغير المالية» (صفحة 243، IT). قارن ب R. SAVATIER، السلطة المذكورة سابقاً، الذي ينتقد نظرية سلطان الإرادة لتكريس نظرية الجهاز.

ذلك بأن التحليل يبين تسويغاً فكرياً أكثر منه قانونياً⁽¹⁾. وهو لا يتيح، لارتباطه بإرادة مشتركة، فهم فرضيات التمثيل القانوني ولا الفصول⁽²⁾. ولكونه متدفقاً حتى الوصول إلى غايته يجعل الممثل حتى الممثل ملتزماً.

وقد شاء مؤلفان، بدلاً من توفير بلا طائل بين الإرادة، الحقيقة أو الوهمية، والتمثيل، إخضاعه لقانون موضوعي إلى درجة نفي منفته بالنسبة إلى Duguit⁽³⁾. وهذا القانوني البارز يأخذ بأن مفهوم التمثيل يرتكز على «الفكرة الخاطئة (...)» في أن إرادة من هو أهل للحق تظهر في الحمل القانوني الذي هو السبب المولد للمفعول القانوني الذي يتبعه. والقانون الموضوعي، في عرفه، هو الذي، إذ يعطي الصلاحية لأحد الأشخاص لانتماء عمل قانوني يناظر الفوائد المادية أو المعنوية لولد أو لمختل، يتيح لهذا الحمل أن ينتج مفاعله في ذمة هذين الأخيرين المالية لأن مصالحهما محمية شرعاً. وقد استعاد هذه الفكرة أحد واضعي أطروحة اكتفى، مع رفض قبول عدم نفع التمثيل⁽⁴⁾، بالتشديد على دور إرادتي الممثل والممثل في إحصال القاعدة القانونية⁽⁵⁾. ومن الممكن، حتى بدون انتقاد نفي الحقوق الذاتية التي ترتكز عليها هذه التحاليل⁽⁶⁾، بيان أنها تنتقص فوق الحد من دور الإرادة في مادة التمثيل الاتفاقي. إن الإرادتين المشتركتين للممثل والممثل (الوكيل والموكل) هما اللتان تولدان هنا التمثيل وتصنع مدهاء، ولا يفعل القانون سوى إتاحة الإنجاز: هناك إذاً رباط سببية بين التعبير عن الإرادتين والمفاعيل القانونية التي نشأت⁽⁷⁾.

ولا تتيح التسويغات العديدة المقدمة إذاً التفسير بشكل كافٍ لحالات التمثيل القانوني ولا حالات التمثيل الاتفاقي⁽⁸⁾.

(1) هذا ما عبر عنه السيد Gaillard (المقالة المذكورة سابقاً، الصفحات 91 إلى 98) الذي، بعد أن بين أن التمثيل ينبغي تقديره بتعابير فكرية أكثر مما يجب تقديره بتعابير تقنية، يبرهن على أنه يصلح كدعم لقيم فردانية (ما دام أنه مبني على الإرادة الحقيقية أو المعترفة) ثم على القيمة التضامنية (تسويق اندماج المصالح في صميم التجمعات). - تقرير R. DE QUÉNAUDON، الأطروحة المذكورة سابقاً، الذي يفرق بين «النقد الارادي» (رقم 51 وما يليه) و«النقد التضاهدي» (رقم 86 وما يليه).

(2) انظر A. ROUAST، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 119.

(3) Traité de droit constitutionnel، الجزء I، الطبعة الثالثة، 1927، الفقرة 44، صفحة 475 وصفحة 476.

(4) O. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، الصفحات 100 إلى 105.

(5) O. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما الصفحات 133 إلى 157 (إن الإرادة، في حرف المؤلف، هي التي تحرك اتفاقية القانونية). انظر الموافقة المعللة على الأطروحة من قبل Bonnacase (الذي أشرف عليها) في Précis de droit civil، 1934، رقم 308، صفحة 305 وما يليها.

(6) في صدد نقد التحليل الذي قدمه السيد Duguit، انظر J. DABIN، Le droit subjectif، 1952، صفحة 17 وما يليها، وكذلك المدخل العام، ولا سيما الرقيين 170 و 171.

(7) A. ROUAST، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 120، M. STORCK، المرجع عنه، رقم 112، صفحة 83. وأكثر من ذلك يستطيع الموكل والوكيل تدبر المفاعيل القانونية التي ولدت على هذا النحو بتحديد مدى السلطة المعترف بها للوكيل.

(8) انظر في هذا الاتجاه R. DE QUÉNAUDON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 76، صفحة 104 =

567 - يعني المذهب المعاصر بشكل أكثر صراحة التمثيل على تحليل العقد القانوني.

ربما لأن السيد Storck تبع نصيحة أحد المؤلفين الذي أخذ بأن «مشكلة التمثيل تطرح في التحليل الأول دراسة الإروالية الداخلية للعمل القانوني»⁽¹⁾، تمسك بهذه الدراسة لتسويق التمثيل⁽²⁾.

إن المؤلف، إذ طرح كمبدل. أن «التمثيل تقنية تحقيق عمل قانوني»⁽³⁾، يحلل هذا التمثيل في ثلاثة عناصر: إيداء إرادة التصرف الذي يناظر ممارسة حق ذاتي موضوعه إقامة رباط قانوني⁽⁴⁾. والتمثيل، بدون تعديل بنية العمل المستقر، يناول الأشخاص المشاركين في تحقيقه. وبإمكانهم، منطقياً، التدخل حسب ثلاث صفات متميزة وتخييرية تناظر عناصر العمل الثلاثة وتحدد ثلاث فئات من الفرقاء: فاعل إيداء الإرادة وحائز الحق الممارس والشخص الملزم بمفاعيل العمل أو «موضوع الإسناد»⁽⁵⁾. والتمثيل، في هذه الرؤية، لم يعد استثناء للمادة 1165 من القانون المدني، طالما أن الممثل له صفة الفريق (كحائز حق وموضوع الإسناد)⁽⁶⁾.

ثم يدرس المؤلف مختلف تقنيات الأعمال القانونية بهدف تحديد خمسة نماذج من العلاقات بين الأشخاص الذين يشاركون في العمل، عن طريق التنسيق بين الصفات المختلفة التي يمكن أن تكون لهم⁽⁷⁾؛ فيغدو التمثيل أحدها، باعتبار الممثل فاعل العمل والممثل

« A. RIEG، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 4. وهذا يعني، أنه ليس ثمة تفسير موحد في هذه المادة وحسب وإنما أيضاً أن التمثيل الاتفاقي، على عكس ما يقدم أحياناً (H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS) المرجع عينه، رقم 165، صفحة 139 - تقرير A. ROUAST، المقالة المذكورة آنفاً، صفحة 121 - B. STARCK، الموجبات، الجزء II، العقد، الطبعة الرابعة، 1993، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 253، صفحة 104، لا يمكن تضييره بالعودة إلى مبدأ سلطان الإرادة فقط.

(1) G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 131، الذي يرى أن هذه الدراسة هي «حجر العثرة الذي يتم الاصطدام به حتماً». وبالفعل ليست فكرة تفسير التمثيل ببنية العقد جديدة، إن عليها يمكن أن نربط، مثلاً، التحليل الذي قدمه Lévy - Ullmann (المقالة المذكورة سابقاً)، وبموجبه يكون التمثيل كيفية العقد - R. Von-THÉRING، L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement، ترجمة O. de Meulnere، الطبعة الثالثة، الجزء IV، الفقرة 83، صفحة 174: «العمل القانوني هو كلٌ وحيد وغير قابل للانقسام». والقاعدة القانونية القديمة حول لاقبولية التمثيل هي في انسجام تام مع هذه اللائقسمية للعمل القانوني. ومبدأ التمثيل ليس سوى فصل سبب العقد عن مفعوله؛ السبب: العمل يتعلق بشخص الممثل؛ المفعول: الحق يتعلق بالممثل. ثمة إذاً فصل صناعي لما هو كلٌ في الحالة الطبيعية للملاقة.

(2) Bessat sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques، منشورات. L.G.D.J.، 1982، 1، مقدمة D. HUET-WEILLER.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 1، صفحة 15، ورقم 76 وما يليه.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 3 وما يليه، ولا سيما رقم 33، صفحة 34.

(5) انظر حول تحديد ثلاثة نماذج من الفرقاء لتحقيق العمل M. STORCK، الأطروحة، المذكورة سابقاً، ورقم 34 وما يليه.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 68 وما يليه.

(7) إذا كانت صورة الإسناد هي صورة شخص وحيد يملك ثلاث صفات (فاعل وحائز امتياز وخاضع للإسناد)، =

جامع صفتي حائز الحق والخاضع للإمضاء⁽¹⁾.

وبإمكان المؤلف، إذ قلّص التمثيل بحيث لا يندو سوى «وصف إوالية العمل [المكتشف] بالجوء إلى تقسيم عقلي للعمل القانوني»⁽²⁾، عندئذ أن يتولى دراسة عناصره المكونة⁽³⁾؛ ويقوم الممثل بتحقيق عمل قانوني، ولا يقوم بتحقيق عمل مادي أو واقعة قانونية⁽⁴⁾، ينفذ باسم الممثل⁽⁵⁾ ولحسابه⁽⁶⁾.

على أن هذا التحليل، وإن كان ماهراً، ليس بمنجى من النقد. إن المؤلف أولاً يجعل إدراك مفهوم الفريق الذي لم يعد له مدلول يحافظ على المعنى نفسه أكثر تعقيداً⁽⁷⁾. يضاف إلى ذلك أن تحليله يصطدم باعتراض تاريخي إذ يتكرر ضمناً للوحدة المرتبطة بصفة من هو أهل للحق.

إن التحليل المقدم يفرق بين ثلاث فئات من الفرقاء. ويستوحي المؤلف، حول هذه النقطة، صراحة تحاليل Gorovsteff الذي اعتمد في الثلث الأول من القرن إن من هو أهل للحق لم يكن الإنسان المنظور إليه بعد ذاته، إذ تنتج هذه الصفة بالأحرى عن التنسيق بين ثلاثة عناصر: المؤسس والمدير والمرسل إليه⁽⁸⁾، لكي يرى، بعد ذلك، أن هذه العناصر

== فإن أربع تنسيقات يعرضها المؤلف هي ممكنة؛ M.STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 78 وما يليه.

- (1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 88، صفحة 68 وصيغة 69، رقم 127، صفحة 92.
- (2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 90، صفحة 70.
- (3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 128 وما يليه، إذ يشكل هذا البسط القسم الثاني من الأطروحة.
- (4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 159، صفحة 120 وصيغة 121، رقم 260 وما يليه.
- (5) إن المؤلف مجبر هنا على تقسيم الحقوق اللابئة لكي يمكن أن يمارسها أحد الأشخاص (الممثل) الذي لا يحوزها (الممثل)؛ وتمكن من الوصول إلى ذلك بأن برهن، بعد أن استوحى بشكل أساسي أعمال Dabin (المرجع عنه، ولا سيما صفحة 80 وما يليها حيث يميز المؤلف الحق الذاتي بمفهوم الانتماء والسيطرة) على أنه ليس ثمة رباط لإنشائية بين السند (رباط الانتماء) والقوة (السيطرة)، هذا الرباط الذي يفنيه؛ الأطروحة السالفة الذكر، رقم 132، صفحة 99، ورقم 138 وما يليه.
- (6) الأطروحة الأتفة الذكر، رقم 161 وما يليه، حيث يقوم المؤلف بدراسة مفهوم السلطة.
- (7) إن جميع أنواع التنسيق ممكنة بالفعل: بإمكان بعض الفرقاء أن يكونوا ملتزمين بدون أن يكونوا قد أبرموا العقد، في حين أنه بإمكان آخرين أن لا يكونوا مرتبطين حتى ولو شاركوا في إبرامه؛ وآخرون أخيراً يمكن أن يوصفوا على هذا النحو، في حين أنهم مجرد حائزي حق ولم يشاركوا في العقد ولن يكونوا ملتزمين.
- (8) ويعود مصدر صعوبات آخر إلى المعيار المستخرج من الإرادة. والممثل، في عرف المؤلف، يميز بالفعل عن إرادة التصرف، في حين أن الممثل هو حائز حق وموهرع إستاند. والحال أن إرادة الممثل، في فرضيات التمثيل الانشائية (الوكالة مثلاً)، في إبرام العقد ليست أقل تأكيداً من إرادة الممثل، حتى ولو أعطى هذا الأخير سلطة العمل باسمه ولحسابه. فيكون هناك على الأقل نموذجان من الإرادة (مباشرة وغير مباشرة؟) أن الضيق الذي يتبادى به المؤلف يندر متافراً إلى حد كبير.
- (8) انظر La lutte autour de la notion de sujet de droit. Exposé critique des doctrines actuelles sur le sujet de droit. Nouvelle recherches sur les problèmes de la notion de droit، 1926، صفحة 881 وما يليها. Le problème du sujet de droit، المحلة الفصلية للقانون المدني، 1927، صفحة 5 وما يليها.

الثلاثة يمكن أن تشخص في كائن حي ذاته أو أن تتوزع على عدة أفراد⁽¹⁾. وهذا التأكيد هو المنازع فيه، ذلك بأنه، إذا ما تبينا Gorovsteff، إذا لم تكن هذه العناصر الثلاثة مجتمعة، فإن صفة من هو أهل للحق لا يمكن اعتمادها، وبالتالي ليس الممثل الذي لا يملك عنصر «المدير» أهلاً للحق بالكامل، وليست له إذا حقوق ذاتية... مع أنه عهد إلى الممثل بممارستها (الذي لا يعمل أكثر من ذلك بصفته ممن هم أهل للحق طالما أنه لا يملك إلا هذا العنصر «كمدير»!) يبدو إذاً من الواجب قبول الطابع الفردي للعناصر الثلاثة التي يدعيها Gorovsteff، تحت طائلة المنازعة في صفة من هو أهل للحق بالنسبة إلى بعض الأشخاص الطبيعيين حسب الأوضاع الموجودين فيها⁽²⁾. وبعبارة أخرى، لا يبدو أن التمثيل الذي يعبر عن تقسيم لصفة فريق مناظر لتقسيم العمل القانوني، من الممكن قبوله، ذلك بأنه يلاشي في الوقت عينه صفة من هو أهل للحق التي يجب الاعتراف بها لكل فرد⁽³⁾.

والمؤلف، أخيراً، بتقليص التمثيل إلى «تقنية تحقيق الأعمال القانونية وحسب، ينقص مدى الإزالة التي، كما نرى⁽⁴⁾، تتيح اليوم تحقيق أعمال مادية.

568 - تسويق التمثيل أقل أهمية من الطريقة التي يمارس بمقتضاها.

لا يتيح إذاً أي تفسير مقدم شرح لإوالية التمثيل بشكل مرضي. حتى المؤلفون الذين يقومون بتجزئتها لبناء التمثيل الاتفاقي وحده على الإرادة⁽⁵⁾ اخفقوا في محاولتهم، ذلك بأنهم، إلا أن يتروا خلف تفسير نصوص خاصة، لا يستطيعون تفسير الشذوذ عن العبادي الفردانية التي تنص عليها المادة 1134 (الممثل غير ملتزم مع أنه أبرم العقد) والمادة 1165 من القانون المدني أنشأتها (الممثل ملتزم مع أنه لم يبرم العقد)⁽⁶⁾ والتي أنشأتها⁽⁷⁾. وينبغي،

(1) M. STORCK، المرجع عينه، رقم 52، صفحة 48.

(2) انظر حول الرباط بين صفة الكائن البشري وصفة من هو أهل للحق، Les Personnes (الأشخاص)، رقم 3 وما يليه، قارن بـ A. GOROVSTEFF، المقالة المذكورة سابقاً، ولا سيما الصفحات 118 إلى 135، في صدر أوضاع المحتوى والأولاد.

(3) أصبحت صفة الفريق تعود إلى الثاني سئل - سئل. وتحليل المؤلف، في هذا الصدد، يتناقض مع المبدأ الفردي للارتباط بمفهوم تفاسني للتمثيل. ولكن هل يمكن القول إن أحد الأفراد ليس ممن هم أهل للحق؟ وإذا كان يحقر سلطان الإرادة يتيح انفجار العمل القانوني (انظر تكوين العقد، رقم 179، صفحة 158) فإنه لا يسمح بنفي من هو أهل للحق (قارن بـ A. COROVSTEEF، المقالة المذكورة سابقاً، ولا سيما الصفحات 118 إلى 135).

(4) انظر الرقم 569 اللاحق.

(5) انظر في هذا الاتجاه، A. ROUAST، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 121، قارن بـ H.-L. et F. CHABAS، المرجع عينه، رقم 155، صفحة 139 - B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثالثة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 553، صفحة 104.

(6) لا شك في أن القول عن المادة 1185 ممكن. بيد أن الوسيلة الوحيدة التي تنص عليها هذه المادة للسماح للغير بالإقامة من مفاعيل الاتفاقية هي الاشتراط لمبالغ الغير. انظر Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS، الجزء IX، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE، رقم 911، صفحة 19.

(7) إن البرهان المستج من المادة 2092 أقل إقناعاً، لك بأنه يمكن الأخذ بأن الممثل، في فرضية التمثيل، إذا -

لتجاوز هذه العقبة الثلاثية، بيان⁽³²⁾ أن التمثيل، كما في المجال السياسي⁽²⁾، ينشئ وهماً: «جعل» فرد، كان غائباً، «حاضراً»، والتعبير عن إرادته، في حين أن الممثل ليس مجرد رسول، هو وهم دائماً⁽³³⁾؛ إنه التوافق بين الأشخاص أو بين إرادتي الممثل والممثل. غير أن المهم ربما لا يكون البحث عن تفسير هذا الوهم⁽⁴⁾؛ إنه بصورة أكثر تأكيداً العمل على أن تكون الإرادة (في حالات التمثيل الاتفاقي) أو مصالحه الشخص الغائب (في التمثيل القانوني) ممثلة بأفضل طريقة كانت، أي أن تتماثل إرادة الممثل بإرادة الممثل أو مصالحه بأكثر ما يمكن من الصحة⁽⁵⁾. إن الأمر يتعلق بأفضل وسيلة لحماية الشخصية القانونية للممثل مع السماح بزيادة التبادلات. إن مفهوم سلطة التمثيل، في هذه الرؤية، يندرج أولاً. يجب أن يعمل الممثل، ولو كان يملك هامشاً معيناً في العمل، باسم الممثل والحساب وليس لمصلحته الخاصة⁽⁶⁾.

- = أكرم المقدم (شخصياً)، لا يلتزم «شخصياً» - قارن بـ A. ROUAST، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 118، الذي قدم هذا البرهان مع أنه أراد تثير التمثيل الاتفاقي من طريق الإرادة.
- (1) إذن لا يشعرك الأمر بتفسير وإنما بوصف؛ قارن بـ Ch. BEUDANT et P. LEREBOURG، O. LAGARDE، تأليف (الطبعة الثانية)، رقم 908، صفحة 16، اللذين، أمام هذه الاعتراضات، عدلاً عن أي تفسير للاستسلام أمام نتائج ملموسة أكيدة.
- (2) انظر D. TURPIN، *Représentation et démocratie in Droit* (6) La représentation، 1987، الصفحات 79 إلى 90، الذي، منذ السطر الأول من مقالته، يتكلم على «الوهم» لوصف التمثيل.
- (3) انظر الضغط المدلولي الذي يولده التعبير «تمثيل» ذلك بأن القانونيين يريدون أن يجعلوا إرادة من لم يكن حاضراً حاضرة، في حين أن هذا التعبير، عن طريق إضافة «*voeu*» يمر عن «فكرة حضور ثانٍ» من تكرار غير كامل للحضور الأولي والحقيقي «A. LALANDR، *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*»، منشورات PUF، الطبعة العاشرة، 1968، ص، التمثيل، صفحة 921؛ وقد اصطدم القانونيون، إذ أرادوا أن يوحدوا (أي أن يجعلوا واحداً) ما هو مزدوج «*voeu*» بالضرورة بصعوبة يتجاوزونها بشكل غير كامل بالكلام على الفهم (الفرداني)، أي الجهاز (التضامني).
- (4) هذا ما أثاره بشكل ملفت السيد Gaillard (المقالة المذكورة سابقاً) بأن التسويغ الوحيد الممكن يبدو أنه من طبيعة فكرية: يشكل التمثيل نقطة التلاقي بين فكرية (Idéologie) فردانية تنعش المقنن وفكرية تضامنية خلقتها (إن مساهمة Savatier، Demogue، المذكورين سابقاً، في هذه النقطة مثيرة بصورة خاصة). والبحث عن تفسير تقني، يكون هاتين الفكرتين غير قابلتين للتوفيق بينهما، يبدو غير مثمر، ذلك بأن القانوني ينتهي دائماً بالاصطدام بأحكام القانون المدني، ومن هنا الضرورة التي يوجدها فيها باللجوء إلى وهم هو الوسيلة الوحيدة لعدم الاصطدام بمواجهة بالمقبة أمام الاعتراف بإدراية تبدو ضرورية. وما أن تسترج إرادته الممثل والممثل حتى. تصبح السلسلة الفردانية سليمة ظاهرياً. وبالفعل ينهي إنفاذها، ذلك بأنه لا يمكن قبول انتصار الرؤية التضامنية التي، إذا ما اندلعت إلى أقصى حد، يمكن أن توصل إلى نفي أي شخصية قانونية متطور إليها بغيرها (قارن بـ R. SAVATIER، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 12، الصفحة 60 والصفحة 51).
- (5) قارن بـ P. GENY، *Science et technique en droit privé positif*، الجزء III، منشورات Sirey، 1925 (السحب الثاني)، 246، صفحة 402، الذي أخذ، بعد أن رأى أن الاعتراف مباشرة (...) بإمكانية توليد حقوق أنشائها إرادة متعاقدة في شخص الغير، وقد أصبح هكذا أجنبياً عن أعماله الخاصة، يشر الحقيفة ويعشى أن «يبرز» مفهوم الفردانية الذي ما يزال الأساس الفروري لمفهومنا للقانون، أخذ بأنه «لا يمكن التخلص من الصعوبة إلا بقبول وهم التمثيل هنا من قبل الغير واستبعاد الإسراف فيه بإخضاعه للظروف والشروط الضرورية».
- (6) انظر حول الأهمية التي يعطيها هذا المفهوم مجازة الالتباس بين مفهومي التمثيل والسلطة، =

II - الاتساع الثالث للتمثيل الاتفاقي

569 - من المقبول تقليدياً أن التمثيل لا يتيح إلا تحقيق الأعمال القانونية⁽¹⁾؛ وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة بأن عقد المقاول «المتعلق بمجرد أعمال مادية لا يضيء على المقاول أي سلطة تمثيل»⁽²⁾.

ولم تتردد محكمة النقض، رغمًا عن الرباط الذي يوحد التمثيل بالوكالة⁽³⁾، في قبول وصف الوكالة لإنجاز مجرد أعمال مادية⁽⁴⁾. ويصف الاجتهاد، فضلاً عن ذلك، بالوكالة ممارسة بعض المهن الحرة، وإنما دائماً بدون التفريق بوضوح بين الأعمال القانونية والمادية المنجزة⁽⁵⁾.

- E. GAJLLARD, *Le pouvoir en droit privé*, منشورات Economica, 1985, مقدمة G. Cornu, رقم 250 وما يليه - M. STORCK, الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 181 وما يليه.
- (1) انظر M. STORCK, الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 259 وما يليه، والإشارات العديدة المستشهد بها. وعلى نقض ذلك: J. BONNECASE, المرجع عنه، رقم 307، صفحة 304، وفي عهده فيجوز مفهوم الممثل (...). بالنسبة إلى من يتزود به من القيام في الوقت عينه بأعمال مادية وأعمال قانونية وبالموجب الناجم عنها.
- (2) 19 شباط 1988، النشرة المدنية، I، رقم 69، صفحة 154؛ D. 1968، صفحة 393؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة G، II، 15490؛ مجلة قصر العدل، 1988، 2، صفحة 144، تعليق J.-P. DOUCHET، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 559، ملاحظة H. G. CORNU. F. TERRÉ et Y. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civil*، الطبعة التاسعة، تأليف، رقم 178 - حكم النقض المدني، 14 نيسان، 1886، D. 86، صفحة 220، S. 87، 1، صفحة 76.
- (3) انظر على سبيل المثال، Ph. DELEBECQUE et F. COLLART DUTILLIEUL, *Contrats civils et commerciaux*، الطبعة الثانية، 1993، رقم 641، صفحة 475.
- على أنه من المقبول بصورة عامة أن الوكالة يمكن أن توجد بدون تمثيل كلما تقدم الوكيل، مع العمل باسم الموكل ولحسابه، باسمه الشخصي. والأمر على هذا النحو في عقد العمولة أو شيوخ الأموال بين الزوجين أو التفسير. انظر حول هذه المسألة الرقم 577 والرقم 578 اللاحقين.
- (4) انظر M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف R. SAYATTE، رقم 1427، صفحة 852، الذي يبرز هدفاً قليلاً من الأحكام «الشاذة»، ويستشهد بأحد الأحكام (النقض المدني، 4 كانون الأول 1845، مصنف الاجتهادات الدوري، 1948، II، 3110)، وبموجبه يمكن أن يشكل سوق سبادة موضوع وكالة.
- (5) انظر لي شان وكلام التأيين، على الأمل حتى قانون 16 كانون الأول 1927، الذي غلب وصف عقد العمل، حكم غرفة المرافض، 9 تموز 1885، D. 86، 1، صفحة 310؛ S. 87، 1، صفحة 478 - 26 تشرين الأول 1891، D. 92، 1، صفحة 411؛ S. 1892، 1، صفحة 551. 29 نيسان 1931، D. H. 1931، صفحة 332 وبالنسبة إلى الكتاب الغدول، حكم غرفة المرافض، أول كانون الأول 1891، D. 92، 1، 4، صفحة 209؛ S. 93، 1، صفحة 487. قانون وضع وكلاء السفر (النقض المدني، 27 تشرين الأول 1970، D. 1971، 1، صفحة 448، تعليق P. COUVRAT، مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة II، G. 16624، تعليق R. RODIÈRE، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1971، صفحة 392، ملاحظة Q. CORNU؛ وكالة تنظم سراً في جميع تفاصيله تعمل بصفة مقاول، والأطباء (النقض المدني، 13 تموز -

ويبدو، أكثر من ذلك، أن الغرفة التجارية في محكمة النقض قبلت، في 24 تشرين الثاني 1987، أن الأعمال المادية يمكن أن تتم عن طريق التمثيل⁽¹⁾.

لم يحتج تابع الناقل، في هذه القضية، عندما أبدى من أرسلت إليه البضاعة بحضرته، تحفظاً في أونة تسليمها. وقد أخذ الناقل الذي أدين بضمان مسؤولية المرسل في صدد تسليم منتجات يشوبها الغيب على قضاة الأساس أنهم استنتجوا قبوله التحفظات من مجرد حضور السائق عند الاعتراض عليها مع أن هذا السائق لم يتلق من مستخدمه وكالة إنجاز الأعمال القانونية. وقد ردت محكمة النقض هذا الطعن ببيان «أن سائق الشاحنة ومفوضه هو مقارل نقل يمثل هذا المفوض في كل ما له سمة تنفيذ النقل المكلف القيام به». إن الحكم، مع أن قسماً كبيراً من الفقه يرفض تفسير رباط التبعية بالتمثيل، لأن التابع يقوم بالضبط بتنفيذ عمليات مادية⁽²⁾، في صيغته العامة التي استخدمها، يتناقض مع هذا التحليل، مع أن ما تم تكوينه، في هذه القضية، هو عقد قانوني.

570 - تحقيق الأعمال المادية، في مجال التمثيل التجاري، لا يمنع إعمال إوالية التمثيل.

يبدأ في الشك في الرباط بين التحقيق الضروري للأعمال القانونية والتمثيل، هو، على وجه الخصوص، في الرباط بين التحقيق الضروري للأعمال القانونية والتمثيل⁽³⁾. وتقدم عدة أمثلة البرهان على ذلك.

وذلك حال نظام وكلاء (agents) التأمين العاميين. فالمادة 2 من نظامهم تفرق بين

1937، 1937، D.H.، صفحة 571؛ S.1939، 1، صفحة 217، تعليق A.BRETON المقعد الطبي هو «عقد من نوع خاص».

كان الفقه دائماً يمارس بشدة هذا الاجتهاد آملاً أن يجري تمييز تحقيق العمليات المادية لإنجاز الأعمال القانونية الذي يمكن أن يوصف وحده بالوكالة؛ انظر في نهاية المطاف M.STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 262 إلى 267، والإستادات الفقهية المدينة المستشهد بها (للبحث عن البرهنة على أن التمثيل يتبع وحده تحقيق أعمال قانونية، يستشهد المؤلف بمستندات خطية فقهية، والحكم الوحيد المحبت صدر في صدد وكالات السفر).

(1) حكم الغرفة التجارية، 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 248، صفحة 184؛ المجلد الفصلي للقانون المدني، 1989، صفحة 307، رقم 7، ملاحظة J. MESTRE.

(2) انظر B.STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 269، صفحة 201، والإستادات، المدينة المستشهد بها، ولا سيما التعليق 45، صفحة 202. وعلى نقض ذلك H-L. et J. MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع هب، الطبعة الثامنة، تأليف P.CHABAS، رقم 485، صفحة 504 و صفحة 505.

(3) انظر حول هذه المسألة، تأليف J. OHESTIN، Mandat et représentation civile et commerciale en droit français، in Festschrift für Zenkari Kitagawa Duncker und Humbot (برلين)، 1982، الصفحات 317 إلى 346، واستند هنا ما هو أساسي في التحاليل. انظر حول التفريق بين التمثيل التجاري و عملية الوصاية، منشورات J.-M. MOUSSERON، مقدمة، أطروحة في مونبلييه، DEVESE، L'opération de courtage، 1933، ولا سيما الرقم 395 وما يليه (يعمل الوسيط باسمه الخاص وباستقلال تام).

وظيفتين: الوكيل العام للتأمين، «بصفة وكيل رئيسي تكافئه شركة تأمين أو أكثر، من جهة أولى، الذي يضع في تصرف الجمهور خبرته التقنية للسعي إلى عقود التأمين والاكتمال بها لحساب الشركة أو الشركات التي يمثلها؛ ويضع، من جهة ثانية، في تصرف هذه الشركة أو الشركات خدماته الشخصية وخدمات الوكيل العام لإدارة العقود التي يمكن، في حدود المنطقة المحددة في معاهدة تسميته، أن تُعهد إليه». وينظر التفريق، من أول وهلة، التعارض التقليدي بين الأعمال القانونية (السعي إلى الاكتمال بالعقد) والأعمال العادية (لعمليات الإدارة). والأمر يحتاج إلى الكثير لكي يتوافق هذا التحليل مع الحقيقة. وجرى التمكن من الملاحظة أولاً «أن الوكالة، عند الاقتضاء، تكفي لتسويق مهام الإدارة (توقيع العقود واستيفاء العلاوات، الخ)»⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك، مع وصف نشاط الوكيل (agent) صراحة بالوكالة، أن معاهدات تسمية عديدة تمنع عليه إبرام أعمال قانونية وتجعل عمله محصوراً في ممارسة نشاط مادي يهدف إلى تحضير تكوين العقود التي ليست له سلطة إبرامها باسم شركة التأمين. ويمكن بالطبع اعتبار أن معاهدات التسمية يجب أن لا تعطيه صفة الوكيل (mandataire) لعدم تكليفه إبرام العقود. ويبدو من المستحيل، عندما تكون التسمية في تناقض مع نظام وكلاء التأمين العامين، استبعاد المستفيدين منه من هذا النظام. وعليه ثمة خلاصتان ممكنتان: إما اعتبار أن «الوكالة mandat المعهود بها إلى هؤلاء الوكلاء (agents) ليست متوافقة مع التعريف التقليدي للإرالية باستبعادها من مفهوم التمثيل؟ وإما تقدير أن هؤلاء الوكلاء (agents)، والوكالة (mandat) والتمثيل يشطوران معاً، يمكن أن «يمثلوا» شركات التأمين بنفادهم على العقود فقط.

إن دراسة نظام الوكلاء التجاريين، المتميز وإنما القريب، تقود إلى الأخذ بالفرع الثاني من البديل. وبالفعل، حسب المادة الأولى من قانون 25 حزيران 1991، «الوكيل (agent) التجاري هو وكيل (mandataire) مكلف، كمهنة مستقلة، بدون أن يكون مرتبطاً بعقد إجارة الخدمات، بصورة دائمة، التفاوض، واحتمالياً، إبرام عقود البيع أو الشراء أو تقديم الخدمات باسم المنتجين الصناعيين أو التجار أو وكلاء تجاريين آخرين»⁽²⁾. وكان بالإمكان، في ما يتعلق بالنص السابق الناتج عن مرسوم 23 كانون الأول 1958، معارضة وصف الوكيل (mandataire)، لأن المادة الأولى منه، بالطريقة عينها، لا تستهدف إبرام العقود القانونية إلا كمجرد احتمال⁽³⁾. والقانون الجديد، كما المرسوم القديم، يصف صراحة

(1) J. DESCHAMPS, L'agent général d'assurances، منشورات مكتبة التقنيات، الطبعة الثالثة، 1975، رقم 59، صفحة 66.

(2) D. S. 1991، التشريع، صفحة 287. انظر حول غياب تعديل تعريف الوكيل التجاري بالنسبة إلى النص السابق، J.-M. LÉLOUP, La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun، الطبعة J.B، 1992، رقم 6 وما يليه.

(3) J. CATONI, La rupture du contrat d'agent commercial، منشورات Sirey، 1970، رقم 72، صفحة

بالوكيل (mandataire) الوكيل (agent) التجاري الذي لا يبرم العقود القانونية إلا بصفة احتمالية. وأكثر من ذلك يوصف هذا الوكيل (mandataire) غير مرة «بالممثل» ويوصف نشاطه «بالتمثيل» (المادة الأولى، الفقرة 2، والمادة 3)، مما ينزع إلى البرهنة على أن المفهومين يتطوران في الاتجاه عينه في شأن تحقيق الأعمال المادية.

كما أنه ليس للوكلاء التجاريين، الذين يتمتعون مع ذلك بالوكلاء (mandataires)، من حيث المبدأ، سلطة إبرام البيع. وهكذا حكمت محكمة النقض غير مرة بأن وكالتهم (mandat)، التي يصفها المشرع على هذا النحو، لم تكن تحوي مبدئياً سلطة إلزام الوكيل (mandataire)، فيقلصها بذلك إلى أن لا تكون سوى «وكالة وساطة تركز على البحث عن الزين والتفاوض أو إحدى هاتين المهمتين وحسب»⁽¹⁾.

وتوسع مجال الوكالة (mandat) (والتمثيل؟) المحقق عن طريق هذه الأسئلة يثير بعض التناقضات داخل محكمة النقض ذاتها.

وهذا هو الأمر في صدد تحليل العلاقات التي توحد المؤن بالوكيل العام عندما ينقل هذا الوكيل إليه معلومات غير صحيحة بالنسبة إلى المخاطر المضمونة.

وقد قبلت محكمة النقض في عام 1963، في ظروف خاصة إلى حد كبير، أن الوكيل (agent) كان يمكن أن يكون «الوكيل mandataire العرضي» للمكتب يوثيقة التأمين لكي تستتج من ذلك أنه لم يكن بإمكانه إلزام المؤن⁽²⁾.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى، في حكم أحدث في 2 نيسان 1974⁽³⁾، بأن «محكمة الاستئناف التي بينت أن الاستمارة المدخلة في اقتراح التأمين التي سلمت إلى الشركة حلاًها

63. قارن بـ Y. SERNA، فهرس Dalloz التجاري، ٧ الوكيل التجاري، رقم 66، الذين يأخذ، ضد فقه إجماعي، بأن «لم يعد ثمة منازعة، وقد تطور مفهوم الوكالة، إلا في النادر في أن الوكيل بإمكانه أن يكون مكلفاً بإنجاز أعمال مادية. انظر في ما يتعلق بالنص الجديد J. M. LÉLOUP، La directive européenne sur les agents commerciaux، صنف الأجهادات الدوري، 1987، الطبعة 1، 3308، رقم 10، الذي يؤكد وصف الوكيل بتأكيد أن «التفاوض أي تقديم لإيجاب أو التسامح» عمل قانوني يتم باسم الموكل ولحسابه. D. FERRIER، Commentaire de la loi du 25 juin 1991 sur l'agence commerciale، كراسة قانون المقاولات، 1991/6، رقم 10، صفحة 31، الذي، إذ يرفض سائلة التفاوض بالعمل القانوني، يكفي ببيان أن الوكالة التجارية تبعد عن عقد الوكالة (mandat) بالمعنى التقني للتعبير.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، 1، رقم 1، صفحة 1 - 8 تموز 1986، النشرة المدنية، 1، رقم 194، صفحة 190، مجلة القانون المقارن، 1986، صفحة 481، ملاحظة D. TOMASIN، ينتج عن ذلك أن سلطة إلزام الوكيل لا يمكن أن تنجم إلا عن إذن صريح ورد في الوكالة، بتأييد واضحة وسجورة من اللبس.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تموز 1983، النشرة المدنية، 1، رقم 374، صفحة 322، المجلد العامة للتأمين البري، 1964، صفحة 332.

(3) النشرة المدنية، 3، رقم 104، صفحة 89.

الوكيل، اعترفت هكذا ضمناً بأن هذا الوكيل لم تكن له سلطة إبرام العقد بنفسه،⁽¹⁾ لتستج من ذلك أنه «لم يتصرف، في هذه القضية، بصفة وكيل (mandataire) للمؤمن». إن استحالة إبرام العقد هنا لا تتبع الأخذ بصفة الوكالة⁽²⁾، بيد أنه لا يمكن الأخذ حرفياً بهذا التحليل ذلك بأنه يوصل إلى رفض صفة وكيل المؤمن لجميع الوكلاء (agents) الذين ليست لهم سلطة الإبرام؛ ومفعول ذلك، منطقياً، استبعادهم من الإفادة من نظامهم الذي يجعل منهم وكلاء. ويبدو هنا أن محكمة النقض لم تقصد «الوكالة (mandat)» الموسعة التي يطبق النظام عليها، وإنما مفهوم التمثيل عبر المفهوم الضيق للتمثيل: وهذا التمثيل بالمعنى التقليدي يجب أن يتيح وحده اعتبار أن المعلومات المقدمة للممثل كانت بالضرورة منقولة إلى الممثل. وهذا التحقق من قبل الوكيل، كما لوحظ⁽³⁾، بفعل التمثيل، يعادل معرفة المؤمن عندما تكون للوكيل سلطة إبرام العقد. والأمر مختلف، بالمقابل، عندما لا يكون للوكيل مثل هذه السلطة. والنقل مرتبط هكذا بالتمثيل بالمعنى الأكثر تقليدية للتعبير، ويفترض هذا التمثيل أن تكون للوكيل سلطة ربط المؤمن بأعماله القانونية.

بيد أنه ليس هناك أي يقين، ذلك بأن الغرفة نفسها أصدرت في عام 1969 حكم نقض مستوحى من تحليل مختلف جزئياً⁽⁴⁾. وهكذا نقضت حكماً لنقص في الأساس القانوني «قرر، بعد أن يبين أن وكيل شركة Lloyd continental français وبالتالي وكيلها الذي نقل إلى هذه الشركة اقتراح تأمين ضرر الحريق باسم (زبون) ومن تلقاء نفسه، «كان بشكل صحيح وشخصياً على علم بالمخاطر، أن معرفة (الوكيل) بالوقائع المصرح عنها بصورة غير صحيحة لا يمكن أن تنتج أي مفعول ضد Lloyd، بحجة أن Lloyd لم تكن، في إبرام العقد ذاته، مسئلة من قبل وكيلها». ويبدو هذا الحل، المتعارض مع الحل المعتمد في عام 1974، أكثر إرضاء في الممارسة؛ وبالفعل يبدو، ما أن تكون للوكيل سلطة جمع المعلومات باسم المؤمن ولحسابه، من الطبيعي اعتبار أن هذه المعلومات وصلت إليه، إلا أن يتم إثبات أن الوكيل، في الحالة الخاصة، لم يعمل في حدود السلطات التي عهدت الشركة إليه بها⁽⁵⁾.

وعدم اليقين هذا يقسم بواقع أن نشاط هؤلاء الوكلاء يتعد عن المجال التقليدي للتمثيل لكي يقتصر بمجال التمثيل التجاري الذي يقصده التعريف النظامي لوكلاء التأمين المامين أو الوكلاء التجاريين.

(1) F. CHAPUISAT, La participation de l'agent général d'assurances la déclaration du risque انستتر (2) imposed à l'assuré, 1875, الطبعة I, G, 2719.

(2) Les entreprises, II, الجزء 2, M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres en droit français d'assurances, الطبعة الرابعة، 1977، رقم 683، صفحة 283.

(3) 26 آذار 1989، النشرة المدنية، I، رقم 127، صفحة 100.

(4) قازن بحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1964، النشرة المدنية، I، رقم 43، صفحة 31 الذي يمكن أن نستنتج منه أنه ما أن تعطي وثيقة التأمين الوكيل المحلي سلطة جمع تصريحات المراءات حتى يستنتج منها أن المعلومات المعطاة لهذا الوكيل كانت في الوقت منه معطاة للمؤمن.

571 - ذاتية التمثيل التجاري هي التي توسع مجال التمثيل.

جرت العادة أن تُجسّد تحت تسمية «التمثيل التجاري» نشاطات المسافرين والممثلين والوسطاء التجاريين الذين حلوا محل مسافري التجارة التقليديين والوكلاء التجاريين والممثلين المأجورين غير النظاميين والوكلاء (agents) الموكّلين (mandataires) غير المستفيدين من نظام الوكلاء التجاريين⁽¹⁾.

ولهذه الفئات المهنية المختلفة معاً استثمار زبن بالتعاون مع إحدى المعاولات ولها على هؤلاء الزبن حقوق مهمة إلى حد ما بحيث يمكن تعريف التمثيل التجاري كتعاون دائم بين الممثل والممثل من أجل تكوين زبن مشتركين ونموهم. إن التحليل الموجز لأنظمتهم يؤكد هذا التحليل.

الممثلون المأجورون والمسافرون الممثلون الوسطاء التجاريون . - ليس للفتة الأولى حق في أي تمويض عن الزبن لأنه يُقدّر أن هؤلاء الزبن يعودون إلى المؤسسة وليس إلى الأجير الذي كوفىء في ممارسة وظائفه بالأجر الذي تقاضاه؛ وعلى الأكثر تعويض تسريع يمكن إعطائه في توكيله عن تقديم زبن حصل عليهم الممثل الأجير للمؤسسة⁽²⁾. والاندماج في المؤسسة أقل اكتسافاً لدى المسافرين والممثلين والوسطاء التجاريين المرتبطين بعقد عمل موضوعه، حسب المادة 751-1-1 من قانون العمل، التمثيل. وتميز محكمة النقض نشاط التمثيل هذا بالاجتذاب المباشر للزبن والسعي وأخذ طلبات الزبن ونقلها إلى المستخيم⁽³⁾. وبشكل خاص استبعد حكم صدر عام 1965 نظام المسافرين والممثلين والوسطاء التجاريين ومفهوم «عقد التمثيل» بالنسبة إلى أجير لم يكن له «قطاع محدد ولا إمكانية خلق الزبن»⁽⁴⁾. ويظهر التمثيل ونظامه الخاص هكذا مرتبطين بوضوح بتكوين الزبن⁽⁵⁾. وفضلاً عن ذلك، إذا كان بإمكان الممثل العمل لعدة مستخدمين فممنوع عليه العمل لمنافسي مستخيمه أو

(1) G. EDELINE, La représentation commerciale, النشرة الإقتصادية الاجتماعية 1967، ولا سيما صفحة 19 وصفحة 21. J. GUYÉNOT, V. R. P. et agents commerciaux، مكتبة بيرمات الكتابة الملل، 1975.

(2) انظر J. GUYÉNOT، المرجع فيه، رقم 468، الصفحة 263 والصفحة 254.

(3) انظر حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1946، D. 1947، صفحة 97. 6 شباط 1974، النشرة المدنية، V، رقم 98، صفحة 90. 8 شباط 1976، النشرة المدنية، V، رقم 438، صفحة 360. أول شباط 1978، النشرة المدنية، V رقم 81، صفحة 60. أضاف إلى ذلك J. GUYÉNOT، المرجع فيه، رقم 18، صفحة 13 وصفحة 14.

(4) حزيران 1965، النشرة المدنية، IV، رقم 447، صفحة 373.

(5) انظر المادة 9-751 من قانون العمل التي تعطي، في حالة الفسخ، المسافرين والممثلين والوسطاء التجاريين «تمويضاً عن الحصة التي تعود إليهم شخصياً بالنسبة إلى أعباء الزبن اجتلبوهم وتفرغهم، سواء بالنسبة إلى خلقهم أو نموهم». انظر في شأن تطبيق حديث، حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 526، صفحة 332 (رفض إعطاء تمويض لاسافر وممثل ووسط تجاري لم يتم بتم زبن من حيث العمل).

مستغديه⁽¹⁾. ويبدو أن الاجتهاد، بالمقابل، أعطى المسافرين والممثلين والوسطاء التجاريين حصية اجتذاب الزين في قطاعهم⁽²⁾. وواقع أن الأمر يتعلق بعقد عمل⁽³⁾ يعطي هذا التمثيل طابعاً دائماً. وهذا الطابع ممتد حتى أبعد من غاية العقد، عندما يهدف التعويض عن الزين إلى التعويض، للمستقبل، عن خسارة الإفادة من الزين الذين اجتذبهم الممثل⁽⁴⁾. يمكن بالتالي الأخذ في النهاية بأن تمثيل المسافر والممثل والوسيط التجاري يعزف بأنه تعاون دائم من أجل تكوين زين مشتركين ونموهم.

الوكلاء التجاريون - هم ليسوا أجراء وإنما وكلاء (mandataires). غير أن وكالة المصلحة المشتركة تضفي على وكالتهم طابعاً معيناً من الدوام⁽⁵⁾. وبالفعل لا يمكن الرجوع عن وكالة كهذه بدون سبب توسيع مشروع ما دام أن «تحقيق موضوع الوكالة يمثل» بالنسبة إلى الفريقين «مصلحة انطلاق المؤسسة بخلق الزين ونموهم، وهي مصلحة مشتركة تتوزع، بالنسبة إلى قابلية الرجوع عن العقد، شذوذاً عن قواعد الوكالات المجانية أو المأجورة التي لا يهم موضوعها إلا الوكيل»⁽⁶⁾. إن خلق الزين ونموهم معاً يشكلان هكذا المصلحة المشتركة للوكيل التجاري والمؤسسة التي يمثلها، ولا يمكن أن تكون موجودة إلا أن تندرج خلال المدة لأن مهنة الوكيل التجاري، كما لوحظ، «لا يمكن أن تمارس بصفة معنادة (كما فرضت المادة الأولى من مرسوم 23 كانون الأول 1958) إلا أن تتناول الوكالة المنوطة بالوكيل

(1) انظر J. GUYÉNOT، المرجع عنه، رقم 66، صفحة 37.

(2) قارن بين حكم الغرفة الاجتماعية في 9 تموز 1969، النشرة المدنية، 7، رقم 481، صفحة 402، وحكم النقض المدني، 20 حزيران 1973، النشرة المدنية، 7، رقم 400، صفحة 359. وإذا كانت الغرفة الاجتماعية قد حكمت منذ وقت أحدث (24 كانون الثاني 1979، النشرة المدنية، 7، رقم 76، صفحة 156، D. 1979، 202 من التقرير) بأن أي نص من النظام لا يفرض ديان يكون قطاع الاجتذاب مخصصاً لأحد الممثلين، فإن ذلك للاعتراف لصاحب العلاقة بنظام المسافر الممثل الوكيل التجاري المنازع فيه أضيف إلى ذلك حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 28 أيار 1974، النشرة المدنية، 7، رقم 335، صفحة 319، مصنّف الاجتهادات الدوري، 1975، الطبعة G، II، 18058، ملاحظة M. RAYNAL، الأخذ أن انتهاك موجب الحصرية الوارد في العقد يجعل قطع العلاقات العقدية الناجم عن ذلك منسحباً إلى المستقبل.

(3) لهذا العقد بعض التحولات التي تعود إلى نشاط الممثلين. انظر على سبيل المثال إمكانية المسافر والممثل والوسيط التجاري في استخدام أجراء يلحقون بأمانة سره شريطة أن لا يشاركوا في اجتذاب الزين وتسليم الطلقات، حكم مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان)، 9 كانون الثاني 1959، وقد استشهد به G. EDELINE، المرجع عنه، صفحة 31.

(4) انظر حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1947، وكذلك G. RIPERT، Une nouvelle propriété incorporelle: La clientèle des représentants de commerce، D.H. 1948، صفحة 1 وما يليها، الذي يرى مفهوماً جديداً للعقد التعاون الاقتصادي يرتس جانباً على هامش عقد العمل.

(5) انظر J. GUYÉNOT، المرجع عنه، رقم 256، صفحة 143 - J.M. LELLOUP، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 28.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1969 (الحالة الأولى)، 1970، صفحة 143، تعليق J. LAMBERT، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1970، صفحة 473، ملاحظة J. HEMARD.

التجاري سلسلة من العمليات المتكررة يتطلب تنفيذها مدة معينة للروابط التي توحيده بالموكل، وليس عملية أو عمليات منفردة⁽¹⁾؛ وهكذا يجب أن يكون الوكيل «مكلفاً بصورة طبيعية التفاوض وإبرام سلطة كاملة من العمليات التي تلقى في شأنها مهمة اجتذاب الزبن»، وهي مهمة «يتعذر القيام بها إلا أن يُطغى على الوكالة التي تربطه بالوكيل طابع مستمر ودائم⁽²⁾». وهذه الوكالة ذات الطابع الدائم هي تعارن يستبعد، حسب المادة 3 من قانون 19 حزيران 1991 (الذي يستعيد المادة 2، الفقرة الأولى، من مرسوم 23 كانون الأول 1958)، إمكانية الوكيل في قبول تمثيل مؤسسة متنافسة لمؤسسة أحد بوكليه بدون موافقتها⁽³⁾. ومقابل هذا الموجب هو، طبيعياً، بند حصري مشروط لصالح الممثل في القطاع المخصص له⁽⁴⁾. غير أن هذا الموجب ليس من جوهر العقد ولا يمكن افتراضه⁽⁵⁾. نجد إذًا، مع الطابع الخاص بوضع الوكلاء التجاريين، العناصر الأساسية للتمثيل التجاري: تعاون دائم في سبيل خلق زبن مشتركين ومفهوم ونوع من توزيع حقوق الفريقين في هؤلاء الزبن⁽⁶⁾.

وكلاء التامين العامون . - إن نظام وكلاء التامين العامين، رغمًا عن الطابع الحر لنشاطهم، يتجاوب مع تعريف التمثيل التجاري الذي نجد فيه نوعي الطابع الجوهري: «دوام

- (1) J. GUYÉNOT، المرجع عنه، رقم 294، صفحة 163.
- (2) J. GUYÉNOT، المرجع عنه، رقم 322، صفحة 179. أضف إلى ذلك J.-M. LÉLOUP، المقالة المذكورة سابقاً، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، الطبعة I، G، 3308، رقم 11.
- (3) G. SOELINE، المرجع عنه، صفحة 307 - J.-M. LÉLOUP، المقالة المذكورة سابقاً، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة I، B، 105، رقم 27.
- (4) تنص المادة الأولى، الفقرة الأخيرة، من مرسوم 23 كانون الأول 1958 التي لم يستمدعها القانون الجديد حول هذه النقطة هذه إمكانية صريحة.
- (5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 20 تموز 1970، مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة II، G، 16602. ملاحظة P.L. على أنه يمكن التساؤل عما إذا كانت الحصرية على عائق الموكل يمكن أن تنجم من المصلحة المشتركة وموجب الاستقامة بالنسبة إلى الفريقين (المادة 4، الفقرة 2)، مما يقتضي، على الأقل، بحث الممارسين على أن يعينوا في حقوقهم إما يمكن أن يعتبر تنافسياً (J.-M. LÉLOUP، المقالة المذكورة سابقاً، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة I، 105، رقم 27). قارن بـ Y. SERNA، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 109، الذي يبين أن تكليف وسيط آخر مهمة مماثلة يعادل عدولاً عن العقد الأول تطبيقاً للمادة 2006 من القانون المدني التي تنص على أن تعيين وكيل جديد للقضية ذاتها يساوي عدولاً عن الأول.
- (6) انظر حول نتائج نسخ الوكالة من قبل الموكل المادتين 12 و 13 من قانون 19 حزيران 1991 [المادة 3 القديمة من مرسوم 23 كانون الأول 1958]. ويحوي التعويض المعطى للوكيل عناصر مختلفة تأخذ في الحسبان بصورة خاصة ظروف الفسخ ونتائج التجارة (انظر Y. SERNA، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 135 وما يلي). وقد تم الأخذ، في ظل النص السابق، بأن التعويض لم يكن من أجل عدم التنفيذ الخاطئ، وإنما كان موضوع التعويض من مخاطر الفسخ بالنسبة إلى الفريق الآخر B. HOUDIN، Le rapture unilatérale des contrats synallagmatiques، أطروحة في باريس II، 1972، طبع على الآلة الكاتبة، رقم I - 70، (صفحة 85). وتنص الفقرة التامخ بصورة خاصة على أن التعويض الذي يمثل خسارة البطاقة يجرى تقديره حسب الحصة الشخصية العائدة للوكيل في الإتيان بالزبن أو نزعهم لحساب الموكل.

يستمر في العمل باسمه ولحسابه بالنسبة إلى الغير مع التعبير عن إرادة خاصة به، ولو كانت هذه الإرادة محدودة بالتفاوض على العقد. إن المنطق الذي يضم إرادة التمثيل هو بالتالي ذاته في الحالتين.

والممارسة التجارية، بتعايير أخرى، أتاحت الاعتراف بالتمثيل رغماً عن العقوبات النظرية الموجودة؛ إنها تسهل اليوم الأعمال القانونية التي لا تبدو أنها من جوهر التمثيل.

الفقرة 2 - نظام للتمثيل الاتفاقي

572 - تحدد سلطة التمثيل امتيازات الممثل بهدف حماية شخصية الممثل القانونية.

إذا كان نمو التبادلات يفرض اللجوء إلى تقنية التمثيل، فإن هذه التقنية يمكن أن تكون مصدر إساءة استعمال ذلك بأنها تبدو متناقضة مع مبدأ الحرية البشرية ذاته، إذ يمكن أن يلتزم أحد الأشخاص بدون أن يكون قد قام بعمل خاص بإرادته⁽¹⁾. وهكذا ينبغي تعيين حدودها كي لا يوصل التمثيل إلى نفي شخصية الممثل القانونية. وليس التمثيل التجاري مقبولاً إلا بشرط مزدوج بأن يتمكن الممثل من أن يحدد بحرية طبيعة السلطة التي يزود الممثل بها ومداها وأن يبقى هذا الممثل الذي «عليه أن لا ينسى أبداً أنه مجرد جهاز للحياة القانونية» للممثل⁽²⁾، بدقة في حدود السلطة التي أعطيت له.

إن المسائل المتعلقة بالسلطة التي ينيطها الممثل وبممارسة هذه السلطة من قبل الممثل هي التي تسيطر إذاً على دراسة نظام التمثيل التجاري.

1 - السلطة التي ينيطها الممثل

573 - إذا كان للممثل، في مادة التمثيل التجاري، من حيث المبدأ، إرادة إبرام العقد القانوني عن طريق ممثله، فإن له، على وجه الخصوص، إرادة إناطة سلطة تمثيله بهذا الممثل. وهكذا من الواجب، في المقام الأول، دراسة إرادة تأهيل الممثل قبل تحليل إرادة إبرام العقد.

(1) انظر في الاتجاه عينه، R. SAVATIER، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 12.

(2) المرجع عينه. إن اللجوء إلى تعبير «جهاز»، وإن كان تمييزياً، يمكن أن يكون متازعاً فيه لأنه لا يتطابق بشكل أصح مع تقنية التمثيل. وإذا كان مجال هذه التقنية قد توسع لتأمين تمثيل المصالح الجماعية داخل الأشخاص المعنويين، فالحيل اليوم أقل إلى الكلام على التمثيل للتمييز نشاط الفين يفرض أنهم يعبرون عن إرادتهم (هل يتم التعبير عن إرادة هيئة أشخاص إرادتهم يمكن أن تكون متباينة)، ذلك بأن هذا النشاط، وبصورة خاصة في مجال التشريع المتعلق بالشركات، له نظام خاص به يختلف عن نظام التمثيل. انظر F. TERRÉ, Ph. LEQUETTE, SIMLER et Y. LEQUETTE، الطبعة الخامسة، رقم 186، صفحة 132.

أ - إرادة تأهيل الممثل .

574 - سلطة التمثيل .

الممثل، في مادة التمثيل التجاري⁽¹⁾، هو الذي ينيط إرادياً بالممثل سلطة تمثيله . وإعطاء سلطة كهذه . مفهومة على أنها «الجدارة في التعبير عن مصلحة متميزة عن إرادة الذات»⁽²⁾، لا غنى عنها بالفعل لكي يتمكن الممثل من ممارسة حق أو حرية⁽³⁾ لحساب الممثل .
يبد أن هذه السلطة يمكن أن تكون ممتدة إلى حد ما، إما أن يخول الممثل الممثل سلطة إبرام عمل قانوني باسمه ولحسابه، فيتعلق الأمر بفرضية التمثيل الكامل⁽⁴⁾، وإما أن يعدل طبيعة هذه السلطة ومداها حسب هذا التعديل، ويمثل ذلك مختلف فرضيات التمثيل «غير الكامل» .
١) التمثيل الكامل .

575 - يتيح التمثيل الكامل للممثل إبرام عمل قانوني باسم الممثل ولحسابه .

يغطي التمثيل الكامل فرضية الوكالة المحدد نظامها في المواد 1984 إلى 2010 من القانون المدني . تكفي إذا الإحالة إليها .

وهذا النظام القانوني يترك للموكل حرية كبيرة لتحديد امتداد السلطة التي ينيطها بالوكيل . وهكذا بإمكانه أن يعطيه وكالة عامة (المادة 1987) لا تتيح له مع ذلك إلا أعمال الإدارة، مع التحفظ لجهة وكالة بين الزوجين (المادة 1988) . ويمكن، على العكس، أن يعطيه وكالة خاصة في قضية أو عدة قضايا فقط (المادة 1987)، حتى أن يسمح له بإبرام عقد وكذلك التفاوض في شأن بنوده أو أن يخوله إمكانية عدم التعاقد إلا مع أشخاص معينين وحسب، فيكون الحد الوحيد هنا تقليص الركن إلى رسول يكلف فقط نقل إرادة الممثل بدون أن يعبر هو نفسه عن إرادته الخاصة⁽⁵⁾ .

ويكشف الممثل، في هذه الفرضية، عن صفته للغير الذي يتعاقد معه (إنه يعمل باسم الممثل)⁽⁶⁾ ولا يعمل لمصلحته الخاصة (وإنما لحساب الممثل)⁽⁷⁾ .

(1) حكما يمكن أن يكون مصدر التمثيل في القانون (انظر على سبيل المثال المواد 383 و450 أو 1421 من القانون المدني) أو في حكم قضائي (انظر على سبيل المثال المادتين 113 أو 219 من القانون المدني) .

(2) E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, منشورات Economica, 1985, مقدمة G. CORNU, رقم 217, صفحة 139 .

(3) انظر حول التفريق بين الحق الذاتي والحرية، المدخل العام، رقم 189, صفحة 146 وما يليها .

(4) إنه لا يلبس كليا مع الوكالة طالما أن الاجتهاد يقبل أن الوكيل يمكن أن يكفي بتسقيت أعمال مادية ولحساب الممثل، انظر الرقم 569 السابق .

(5) انظر حكم غرفة المرائض، 20 شباط 1922, D.1922, 1, صفحة 201, تعليق J. SAVATIER .

(6) إذا عمل الوكيل باسمه الخاص، يصبح مدعى الشخص الذي تعاقد معه، وله الرجوع على الموكل : حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 329، صفحة 1228, Defrénois 1994, صفحة 791، رقم 58، تعليق Ph. DELEBECQUE .

(7) تتيج ممارسة السلطات الخاصة التفريق بين الممثل وجهاز الأشخاص المعنويين : في حين أن المسئل لا يعمل =

وتنتج مفاهيم العقد بالتالي مباشرة وحصرياً على شخص الممثل: ما إن يبرم هذا العقد حتى يلتزم الممثل كلياً ولا يلتزم الممثل الذي لا يملك أي حق ولا يلزم بأي موجب.

(2) التمثيل «غير الكامل».

576 - التمثيل الخياري وغير التام.

تعهد الممثل، في فرضيات التمثيل «غير الكامل»، يمكن أن يخضع لإرادة الغير حسن النية (المسخر) أو لإرادة الممثل والممثل (إعلان اسم الحائز الحقيقي). ويمكن، في هاتين الحالتين، الكلام على التمثيل «الخيارى»⁽¹⁾. وإنما قد يحدث أن يكفي الممثل بإنجاز أعمال مادية باسم الممثل ولحسابه (تمثيل تجاري): يقتضي عنئذ الكلام على التمثيل غير التام.

(أ) - التمثيل الخياري:

577 - المسخر.

يتعلق الأمر بفرضية المسخر المنازع فيها⁽²⁾. فالممثل ينطبق بالممثل سلطة إبرام عمل قانوني مع الغير، وإنما بدون أن يكون بإمكانه الكشف عن صفته كوسيط لهذا الغير. وعند ذلك الحين تصبح مفاهيم هذه الاتفاقية المستترة غير محتج بها ضد الغير، والممثل بإبرامه عقداً مستتراً مع الممثل ينقل إليه الحقوق والموجبات الناجمة عن العقد الذي يربطه بالغير.

إن وجود هذا النقل بالضبط⁽³⁾ هو الذي يتيح لقسم من الفقه معارضة وصف اتفاقية التسخير بالتمثيل، لأن المسخر لا يعمل باسم الشخص الذي أعطاه السلطة وإنما باسمه الخاص⁽⁴⁾: لا يمكن أن يكون هنا تمثيل إذن، ولو كان صورياً، وإنما غياب تمثيل مكون ففة

⁽¹⁾ - إلا لحساب الممثل، فإن الجهاز لا يعمل إلا عن طريق التمثيل، وفي بعض الحالات فينتدخِل باستخدام السلطات المنوطة بها شخصياً ومباشرة (M. STORCK)، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 282، صفحة 213، والأرقام 282 إلى 297.

(2) ثمة فرضية ثالثة للتمثيل «الخيارى» تتكون من الوعد بضمناً موافقة الغير: تعهد الممثل هنا خاضع لتصفين الغير! انظر في شأن دراسة خاصة الرقم 809 وما يليه.

(3) انظر في صلب ترادف التعبيرين «مسخر» و«تسخير الأشخاص» المنازع فيه، M. STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 303، صفحة 226، التعليق 96، والإستادات العديدة المستشهد بها. فآرن بر D. RAMBURG، Le mandat accessoire d'une opération juridique complexe، أطروحة في باريس، 1981، رقم 126 وما يليه، حول اتفاقية النقل.

(4) انظر حول تأكيد، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 شباط 1976، النشرة الملثية، 1، رقم 64، صفحة 51. حكم غرفة العرائض، 10 نيسان 1936، I.D 1937، صفحة 92، تقرير E. PILON.

(4) انظر بين الانتقادات الصالحة أيضاً تجاه العمولة والتسخير، P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE، Du prêt-nom ou gérant d'affaires on agissant en nom propre، أطروحة في باريس، 1888، ولم 5، صفحة 10 و Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE، المرجع عينه، الجزء IX، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE، رقم 610، صفحة 17. - J-D. BREDIN، Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1958، صفحة 261 ولا

وكالة من نوع خاص بدون تمثيل⁽¹⁾.

بيد أن التنسيق بين نظرية الصورة والتمثيل يتيح إظهار الفروق الدقيقة وفي بعض الحالات تفسير فرضية المسخر بدون أن يكون من الضروري الرجوع إلى مفهوم جديد⁽²⁾. فالمسخر يرم، من جهة أولى، عقداً ظاهرياً مع الغير، بدون الكشف عن صفته كممثل⁽³⁾. كما يرم، من جهة ثانية، عقداً سرياً ينعت باتفاقية مسخر مع الممثل. ويكفي عندئذ جمع القاعدتين المطبقتين على نموذجي العقدين. إن قواعد التمثيل، في العلاقات بين الممثل والممثل، هي التي تطبق⁽⁴⁾. ويملك الممثل، في العلاقات التي تربط الممثل بالغير، شرط أن يكون حسن النية، خياراً⁽⁵⁾: إما أن ينكر للمقد السري، فيكون المسخر، بدون أن يكون بإمكانه الاحتجاج في وجهه بمحتواه⁽⁶⁾، ملزماً تجاهه⁽⁷⁾؛ وإما أن يتمسك بهذا العقد بقبول

= سيما الرقم 13 والرقم 14. M. DAGOT, La Simulation en droit privé, منشورات L.G.D.J., 1967, مقدمة P. HEMARD, رقم 118، صفحة 111. G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 81، صفحة 87. قارن بـ H.-L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثانية، تأليف P. CHABAS، رقم 153، صفحة 138. وكذلك حكم غرفة العرائض، 10 شباط 1936، D.H.1936، صفحة 162.

(1) انظر في هذا الاتجاه، حكم غرفة العرائض، 25 شباط، 1864، D.1864، 1، صفحة 282. 4 تموز 1922، S.1924، 1، صفحة 286.

(2) انظر (M. STORCK، المرجع عينه، رقم 304، صفحة 227 وصيغة 228. وكذلك G. CORNU، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 785. M. BESSON، تعليق على حكم المحكمة المدنية في شاربول، 7 آذار 1952، D.1953، 16 (العمود الأول) - النقص المدني، 7 كانون الثاني 1935، D.H. 1935، صفحة 131. B تشرن الثاني 1926، S.1927، 1، صفحة 42. Essay sur la notion juridique de simulation أطروحة في باريس، 1937، رقم 128 وما يليه.

(3) M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء XI، تأليف R. SAVATIER، رقم 1504 وما يليه، الذي يأخذ، في معالجة وكالة المسخر، بأن «لا شيء يجبر الممثل والوكيل على جعل علاقاتهما علنية» (رقم 1505، صفحة 884).

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، أول كانون الأول 1971، S.1972، 1، صفحة 248، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 795، ملاحظة G. CORNU.

(5) الغير الذي يعرف الوضع الحقيقي للمسخر ليس سيء النية (انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 نيسان 1982، الشرة المدنية، IV، رقم 135، صفحة 120، S.1986، 233، تعليق D. RAMBURE)، بالنسبة إلى الصورة لا يكفي أن يكون على علم بهذا الوضع بل يجب كذلك أن يعرف أن الممثل لا يعمل ضمن حدود السلطة التي أناطها الممثل به (انظر النقض المدني، 28 كانون الأول 1930، S.1931، 1، صفحة 138 - حكم غرفة العرائض، 4 تموز 1922، S.1924، 1، صفحة 286).

(6) تعلم القاعدة أيضاً بالنسبة إلى «التسخير» كما بالنسبة إلى «المسخر» انظر النقض المدني، 20 نيسان 1959، مصنف الاجتهادات الدوري، 1959، II، 11146، ملاحظة B. BECQUÉ، 4 تشرين الثاني 1902، S.1903، 1، صفحة 173.

(7) قارن بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 28 حزيران 1988، نشرة Joly، 1988، صفحة 671، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 305، ملاحظة J. MESTRE، الحكم بأن مدير الشركة الذي لم يكشف عن صفته إلى الغير الذي أبرم العقد معه كان «ملتزماً شخصياً بصفة متناقضة إذ «أنشأ ظاهراً لا يسمح بمعرفة شخص المتعاقد الحقيقي»، وهكذا جرى رد برهان المدير الذي يدعي في طعنه بأنه حصل عن =

حقيقة سلطة التمثيل، فيكون الممثل مرتبطاً مباشرة بالعقد الذي أبرمه الممثل⁽¹⁾.

وبتعبير أخرى، يخضع إعمال قواعد التمثيل الذي يستدعي أن يكون الممثل ملزماً مباشرة بالعقد الذي يبرمه الممثل لإرادة الغير. يمكن إذاً الكلام تماماً على التمثيل الخياري⁽²⁾. غير أنه، عندما يكون هذا الغير متيّء النية، أو عندما يكون حسن النية ويتمسك بالعقد الظاهري، لا تكون تقنية التمثيل قابلة للتطبيق.

والوضع مختلف في مادة العمولة. فهذا العقد، لأنه يتيح للوسيط التجاري العمل لحساب المفوض وإنما باسمه الخاص (المادة 94 من قانون التجارة⁽³⁾)، يحظر تمثيل شخص المفوض الذي يعمل المفوض لمصلحته⁽⁴⁾. فهو لا يتيح إذاً لشريك الوسيط التجاري في التعاقد إلا العمل ضد هذا الوسيط⁽⁵⁾، وإنما ليس ضد المفوض، إذا لم يكن ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة. وليس لأي صورة هنا أن تتيح للغير حيازة خيار للإفادة مباشرة من العقد الذي أبرمه تجاه المفوض، لا يمكن بالتالي الكلام على تمثيل غير كامل ولو كان مجرد تمثيل خياري⁽⁶⁾؛ إن الأمر يتعلق بمجرد نقل منفعة العقد.

بيد أن المفوض والغير بإمكانهما رفع «ستار العمولة التجارية»⁽⁷⁾ للبحث تبادلياً عن بعضهما؛ فإذا عرفا بعضهما، فينبغي عند ذلك قبول دعوى الأول ضد الثاني⁽⁸⁾ وكذلك

= طريق تمثيل الشركة التي هي المألوفة وحدها.

- (1) انظر النقض المدني، 8 تشرين الثاني 1926، المذكور سابقاً - G. FLATTET, Les contrats pour le compte d'autrui, منشورات Sirey، 1950، مقدمة J. HAMEL، رقم 128، الصفحات 167 إلى 169.
- (2) تعبير التمثيل «غير الكامل» غير صحيح، لأن التمثيل الخياري عندما يجب أن يعمل بتبع مقاييل التمثيل جسيماً. انظر في هذا الاتجاه STORCK، المرجع عنه، رقم 305، صفحة 229.
- (3) انظر على مجمل المثال حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 تشرين الثاني 1956، النشرة المدنية، III، رقم 303، صفحة 282. 3 أيار 1965، النشرة المدنية، III، رقم 280، صفحة 253 - 10 شباط 1970، D. 1970، صفحة 332.
- (4) انظر R. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial، الجزء II، الطبعة الثالثة عشرة، 1992، اللذين يأخذان بأن العمولة التجارية، إذا كانت تشكل «نمط تمثيل مصالح الغير» (رقم 2635، صفحة 700)، فإنها لا تؤدي إلى تمثيل الشخص القانوني للمفوض (رقم 2658، صفحة 708).
- (5) وهكذا للمفوض وحده صفة الدائن والمدين للغير (انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 أيار 1958، النشرة المدنية، III، رقم 187، صفحة 163) وهو وحده ضامن المقود التي يبرمها لحساب المفوض (انظر حكم غرفة العرائض، 3 أيار 1987، S. 90، 1، صفحة 303 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 أيار 1962، النشرة المدنية، III، رقم 240، صفحة 197 - 15 تموز 1963، النشرة المدنية، III، رقم 378، صفحة 319).
- (6) قارن بـ M. STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 315 وما يليه، ولا سيما رقم 319، صفحة 335 ووصفها 336 - R. DE QUÉNAUDON، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 168 إلى 176 - A. RIBG، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 12، اللذين يرفضان وصف التمثيل غير الكامل (أو غير المباشر) لعقد العمولة التجارية.
- (7) M. COZIAN، L'action directe، منشورات L.G.D.J.، 1969، مقدمة A. PONSARD، رقم 81، صفحة 53.
- (8) النقض المدني، 28 أيار 1925، D. H. 25، صفحة 426. انظر في هذا الاتجاه، M. COZIAN، الأطروحة =

الدعوى المعاكسة⁽¹⁾. وإذا كانت هذه الدعوى المتبادلة هي مفعول ممكن للتمثيل⁽²⁾، والغير أصبح على علم باسم الشخص الذي يعمل الوسيط التجاري له، فلا مجال لهذا التمثيل كاملاً لأن الوسيط التجاري لا يمكن أن يتبرأ من موجباته⁽³⁾ ويبقى ملزماً بصفة أصلية⁽⁴⁾.

578 - إعلان اسم الحائز الحقيقي.

يتيح إعلان الحائز الحقيقي الذي لا يورثه أي نص من القانون المدني (المادة 707 من قانون الإجراء المدني والمادة 686 من القانون العام للضرائب) لأحد الأشخاص إبرام عقد مع الاحتفاظ في أوتة إبرامه بتعيين المستفيد الحقيقي منه لاحقاً. وإذا أعلن المفوض، في مهلة قصيرة بصورة خاصة⁽⁵⁾، عن استخدام هذه الإمكانية مع تسمية الحائز الحقيقي الذي يقبل من جهته أن يكون مرتبطاً بهذا العقد، فإن العقد يفترض أنه جرى إبرامه منذ الأساس من قبله. وبالمقابل، إذا لم يلجأ المفوض إلى هذا الإعلان فيكون وحده ملتزماً بالعقد الذي أبرمه.

وهذا الأسلوب يتيح لأحد الأشخاص إبرام عقد في حين أنه بإمكانه شرعاً الظن أن الغير سيرفض التعاقد معه، ومنفعته المحلبة لم تمنع الفقه مع ذلك من الشك في طبيعته القانونية⁽⁶⁾. ويبدو أنه ينبغي في النهاية تحليل ذلك كتشيل خيار⁽⁷⁾.

وبالفعل عندما يبرم المفوض العقد مع الغير ويحتفظ بإمكانية العمل باسم شخص آخر ولحسابه يرفض فقط كشف هويته. وتعبير آخر يتقدم للغير بصفة مزدوجة: شريك في التعاقد أو ممثل؛ واللجوء إلى إعلان الحائز الحقيقي أم لا يحدد صفته الحقيقية⁽⁸⁾، ففي أوتة هذا

⁽¹⁾ المذكورة سابقاً، رقم 79، صفحة 52 - G. RIPERT et R. ROBLOT، المرجع عينه، رقم 2635، صفحة 700 - Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، Les contrats spéciaux، الطبعة السابعة، 1993، رقم 538، صفحة 284.

(1) J. HÉMARDE، Les contrats commerciaux، الجزء II، 1955، رقم 742، صفحة 107 - M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 81، صفحة 53.

(2) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 81، صفحة 53، الذي يرى أن مغايل التمثيل يجب أن تكون أحادية الجانب.

(3) الفقه المدني، 15 شباط 1893، D.93، 1، صفحة 378؛ S.93، 1، صفحة 128.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1955، النشرة المدنية، III، رقم 30، صفحة 122 المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1955، صفحة 376، ملاحظة J. HÉMARDE.

(5) تفرغ المادة 686 من القانون العام للضرائب أن يحصل هذا الإعلان خلال الأربع والعشرين ساعة التالية للبيع أو الزمالة ولا تعتبر العملية نقلاً مزدوجاً.

(6) انظر التطبيقات العديدة المقدمة التي يستعدها M. STORCK في أطروحته (المرجع عينه، رقم 298، صفحة 222 وصفحة 223)؛ استبدال ونضول واشتراط لصالح الغير مع وعد بضممان موافقة الغير وعمولة ولإيجاب وكالة، أو كذلك عقد من نوع خاص ووهم.

(7) انظر تسمية السيد STORCK الذي يتكلم على التمثيل الثياري (الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 295 إلى 302).

(8) يتيح هذا الخيار إذا تم الاحتفاظ به، تمييز إعلان الحائز الحقيقي للوكالة الصفر وبلا شرط؛ قارن بـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة السابعة، رقم 535، صفحة 281.

الإعلان إذا تم معرفة ما إذا كان المفوض يعمل فعلياً بصفة ممثل. وينبغي في هذه الآونة أن يقبل (أو يكون قد قبل في عقد سابق) هذا الإعلان لكي ينتج العقد مفاعيله مباشرة على شخصه. والتمثيل الذي تتيحه العملية خاضع إذا لإبداء مزدوج للإرادة: إعلان المفوض وتبول الحائز الحقيقي به. فإذا تم إبداء هاتين الإرادتين يمثل المفوض الممثل والحائز الحقيقي الممثل: إن مفاعيل التمثيل الكامل هي التي تنتج⁽¹⁾.

(ب) - التمثيل غير التام:

579 - التمثيل التجاري.

يعمل الممثل في مختلف فرضيات التمثيل غير التام⁽²⁾ باسم الممثل ولحسابه بالنسبة إلى الغير. إن دوره، حتى ولو لم يزم بالضرورة عقداً قانونياً لصالح الممثل، يمكن أن يكون مهماً بصورة خاصة، طالما أن بإمكانه أن يذهب حتى المتفاوض على محتوى العقد الذي يكتفي الممثل بتوقيعه.

إن الأخذ بأن التمثيل يمكن أن يتحدد بتنفيذ أعمال مادية يجعل التفرقة الذي يمكن أن يكون موجوداً بين هذه الإلالية وعقد المقاوله أقل وضوحاً. وإذا كان ثمة التباس بين التمثيل والوكالة فيجري التفرقة بالفعل تقليدياً بالأخذ بأن التمثيل وحده يتيح القيام بأعمال قانونية، في حين أن عقد الوكالة يسمح فقط بتحقيق عمليات مادية⁽³⁾. على أن أي تفرقة ليس ملغى. فالممثل والممثل من جهة أولى، في شأن التمثيل التجاري، يعملان من أجل تكوين زين مشتركين عن طريق تعاون دائم⁽⁴⁾، والحال مختلفة في مادة المقاوله. والممثل، من جهة أخرى، هو وسيط بين الممثل والغير الذي يعمل متقيداً بالسلطة التي أعطاه الممثل إياها، في حين أن المقاول الذي لا يقوم بهذا الدور مكلف بتحقيق عمل باستقلال تام⁽⁵⁾. وهذا ما يفرق هنا المقاول عن الممثل.

والوكيل التجاري، لأنه يعمل باستقلال تام وإنما يتقيد بالسلطة التي اناطها به الموكل، وهو مكلف إقامة علاقات مع الغير متصرفاً حصرياً باسمه ولحسابه، يمثل إرادة موكله. على أن هذا التمثيل يمكن أن يُنعت بأنه «غير تام»، ذلك بأن الممثل لا يلزم الممثل

(1) هذا الطابع الخياري في رأينا يجب مع ذلك أن يتيح وصف هذا النموذج من التمثيل «غير الكامل»، مع أن هذا التعبير لم يكن له مطلقاً هذا المعنى إلا بالنسبة إلى الفقه التقليدي. فالتمثيل، بالنسبة إلى هذا الفقه، غير تام (أو غير مباشر) لأن مفاعيله تنتج في زمنين، في حين أنه، في رأينا، غير كامل لأنه خاضع لمحدث غير أكيد، أي استعمال الخيار.

(2) انظر الرقم 570 السابق وما يليه.

(3) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى محكمة النقض، 19 شباط 1968، (المذكور أعلاه).

(4) انظر الرقم 571 السابق.

(5) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 شباط 1968 المذكور سابقاً: ينتج الحكم غياب سلطة التمثيل من تحليل أعمال مادية ومن تنفيذ هذه الأعمال باستقلال تام. انظر أيضاً Ph. MALAURIE et L. AYNES، المرجع فيه، الطبعة السابعة، رقم 710، صفحة 393.

قانوناً الذي يحتفظ بإمكانية الإبرام أم لا حسب الشروط التي تفاوض في شأنها ممثله مع الغير. وبصورة أصح، إذا كان من الممكن الكلام على وكالة بدون تمثيل⁽¹⁾، ربما يكون من الملازم الكلام اليوم، في حالة التمثيل التجاري، على تمثيل بدون وكالة إبرام عمل قانوني، إذا شئنا الفصل بين الوكالة والتمثيل⁽²⁾.

ب - إرادة إبرام العقد:

580 - الأهلية.

إذا أبرم العقد الممثلة، من حيث المبدأ، فإن الممثل، وهو الذي أناط به هذه السلطة، أراد إبرامه. وهذا العقد، فضلاً عن ذلك، ما أن يبرم حتى ينتج مفاعيله في ذمة الممثل المالية وحدها. إذن ينبغي تقدير أهلية إبرام العقد في شخص هذا الممثل⁽³⁾. ولا يكفي، في مادة التمثيل الاتفاقي، أن يتمتع الممثل بأهلية الوجوب، أي الجدارة لأن يكون حائز حقوق⁽⁴⁾، بل ينبغي أن يتمتع أيضاً بأهلية الأداء ما دام أن منح سلطة التمثيل صادر عن إرادته⁽⁵⁾.

وبالمقابل يتم التعليم عموماً بأنه من غير الضروري أن يكون الممثل متمتعاً بالأهلية⁽⁶⁾، من حيث المبدأ، عندما لا يمارس، من جهة أولى، حقوقه الخاصة وإنما حقوق الممثل، ومفاعيل العقد الذي يبرمه، من جهة ثانية، تنتج فقط في ذمة الممثل المالية؛ يكفي أن يكون في مقدوره التعبير عن إرادة خاصة به طالما أنه يبرم العقد وفي استطاعته التفاوض في شأن يبرمه. على أن أهلية قبول سلطة التمثيل يجب أن تكون مطلوبة من الممثل في مادة التمثيل الاتفاقي وخارج الفرضية الخاصة المحددة في المادة 1990 من القانون المدني (يمكن اختيار قاصر غير محرور كوكيل)⁽⁷⁾.

وتبقى هذه الحلول ضرورية في مادة التمثيل غير التام⁽⁸⁾، ذلك بأن الممثل هو الذي يبرم العقد شخصياً في حين أن الممثل يكفي بالقيام بالعمليات المادية.

(1) انظر الرقم 577 السابق بالنسبة إلى فرعية عقد العمولة وحدها.

(2) انظر بهذا المعنى J. BONNECASE، المرجع عنه، رقم 307، صفحة 304.

(3) انظر النقض المدني، 5 كانون الأول 1933، 1935، 1، صفحة 23. وكذلك النقض المدني، 4 كانون الثاني 1934، 1934، D.H. 1934، صفحة 197، 1936، 1، صفحة 137 تطبيق H. VIALLETON.

(4) انظر G. GOUBEUX، 1989، رقم 15، صفحة 24.

(5) G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عنه، الجزء I، الطبعة الثانية، 1988، رقم 92، صفحة 87.

(6) انظر على سبيل المثال G. RIPERT et M. PLANIOL، المرجع عنه، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 68، صفحة 75 - B. STARCK، المرجع عنه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 264 ورقم 255 - Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 666، صفحة 371.

(7) Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGBONNIÈRE، المرجع عنه، الجزء IX، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE، رقم 918، صفحة 24.

(8) انظر الرقم 579 السابق.

581 - هيوب الرضا .

لا شك في أن للممثل إرادة إبرام عمل قانوني عن طريق الممثل، غير أن الممثل هو الذي يعبر عن إرادته الخاصة للوصول إلى النتيجة التي يرغب الممثل في تحقيقها. فإرادته إذاً هي التي يمكن أن تكون مشوبة بالغلط أو الخداع أو العنف. ويُستنتج من ذلك تقليدياً أن عيوب الرضا يجب تقديرها في شخصه⁽¹⁾، إلا في حال تقليص هذا الشخص إلى صف مجرد رسول يمنع غياب إرادته الخاصة أن تكون تشوبه بالعيب⁽²⁾. وبإمكان الممثل طلب إبطال العقد المشوب بالعيب لصالحه⁽³⁾.

وبالعكس يجب أن يتحمل الممثل مفاعيل الخداع الذي ارتكبه هذا الممثل⁽⁴⁾.

والحل مختلف ما أن يكون الممثل قد تدخل بصفة شخصية في إبرام العقد⁽⁵⁾، إذ تقدر عيوب الرضا في شخصه.

II - السلطة التي يمارسها الممثل

582 - التمثيل الذي يتم في حدود السلطة التي يمنحها الممثل لا تنتج، من حيث المبدأ، مفاعيل إلا في دمة الممثل المالية.

لا يلزم الممثل بالعقد الذي يبرمه إذا تفيد بالسلطة التي زوده بها الممثل. ولا يكتب أي حق تجاه الغير ولا يتعاقد على أي موجب تجاهه⁽⁶⁾، ذلك بأن الممثل، منذ تكوين

(1) انظر على سبيل المثال M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 57، صفحة 74، B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، L. H. ROLAND et L. BOYER، رقم 253، صفحة 103 - G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 92، صفحة 87. انظر النقض المدني، 15 حزيران 1898، S.99، 1، صفحة 208، تعليق A. TISSIER.

(2) J. FLOUR et J.-L. AUBERT، المرجع عينه، المجلد 1، الطبعة الخامسة التعليق 1. انظر حول تطلب إرادة خاصة للممثل لتمييز التمثيل، حكم غرفة المرائض، 20 شباط 1922، 1، صفحة 201، تعليق R. SAVATIER.

(3) R. DEMOGUE، المرجع عينه، الجزء I، رقم 135، صفحة 225 - A. TISSIER، التعليقات المذكور سابقاً.

(4) انظر حكم غرفة المرائض، 14 حزيران 1847، S.48، 1، صفحة 37 - قارن به حكم غرفة المرائض، 21 آذار 1893، D.193، 1، صفحة 433، تعليق M. PLANIOL (الثاني)؛ S.95، 1، صفحة 241، تعليق A. WAHL (المحجور عليه أو القاصر تحت الوصاية [ليس] مسؤولاً... عن الخداع أو النش الذي يمكن أن يرتكبه الوصي في ممارسة وظائفه). انظر أيضاً الرقم 806، التعليق 179.

(5) لا يمنع على الممثل حق إبرام العقد الذي أطاق تحقيقه بالخير؛ انظر النقض المدني، 2 حزيران 1813، S.1914، صفحة 179 - R. DEMOGUE، المرجع عينه، الجزء I، رقم 145، صفحة 238.

(6) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 تشرين الثاني 1888، مصنفات الاجتهادات النرويجي، 1889، IV، صفحة 30 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 آذار 1986، مجلة نصر العدل 1986 - صفحة 330 من المبرج، ملاحظة A. FIEDELIEVRE - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 أيار 1985، النشرة المدنية V، رقم 143، صفحة 123 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، =

العقد، يَمْحَى كليا⁽¹⁾. وتنتج جميع مفاعيل العقد الإيجابية والسلبية مباشرة في ذمة الممثل المالية: إنه وحده دائن المدين ومدينه؛ وبإمكانه وحده طلب التنفيذ وإلحاق وحده لعدم التنفيذ⁽²⁾؛ وأخيراً يكتب العقد ذو التوقيع الخاص الذي جرى إبرامه احتمالياً بقوة القانون تاريخاً أكيداً تجاهه، ذلك بأنه لا يمكن أن يماثل بالغير بمعنى المادة 1328 من القانون المدني⁽³⁾.

وإن يكون الأمر خلاف ذلك إلا أن يكون الممثل قد ضمن تنفيذ العقد من قبل الممثل أو كفل ذلك: بإمكان الغير، في هذه الحالة، أن يتقاضى الممثل أو الممثل⁽⁴⁾، والجرائم أو شبه الجرائم التي يرتكبها الممثل في ممارسة سلطته تجعله مسؤولاً شخصياً⁽⁵⁾ في المورقية ذات الطابع التصريحي⁽⁶⁾، سواء تصرف بعبادة منه أو بناء على تعليمات الممثل⁽⁷⁾.

= 13 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 1، صفحة 11 مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة II، N، صفحة 209، ملاحظة Ch. ATIAS، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 146، ملاحظة Ph. RÉMY - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية، I، رقم 346، صفحة 268 - حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 21 كانون الثاني 1966، النشرة المدنية، II، رقم 99، صفحة 71 - حكم غرفة العرائض، 15 شباط 1925، S.1925، 1، صفحة 179 - 22 شباط 1888، S.87، 1، صفحة 59 - النقض المدني، 19 تموز 1852، D.52، 1، صفحة 299، S.93، 1، صفحة 33.

(1) 175، صفحة 115، وصفاة 116. فارن بـ Ph. LE TOURNEAU، De l'évolution du mandat، 1988، Litac، منشورات، M. CABRILLAC، مقدمة، رقم 57، 1 وما يليها ولا سيما II.

(2) لا يستطيع الغير مقاضاة الممثل ليطالب إليه تنفيذ العقد أو المطالبة بالعدل والضرر لعدم التنفيذ؛ انظر حكم غرفة العرائض، 10 شباط 1925، S.1925، 1، صفحة 179 - 22 شباط 1886، S.87، 1، صفحة 59 - النقض المدني، 19 تموز 1852، D.52، 1، صفحة 299، S.53، 1، صفحة 33.

(3) انظر حكم غرفة العرائض، 7 آذار 1893، S.93، 1، صفحة 291 - النقض المدني، 8 حزيران 1859، S.59، 1، صفحة 567.

(4) يجمع الفقه على قبول هذا الحل. انظر على سبيل المثال M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، تأليف F. ESMEIN، رقم 66، صفحة 85 وصفاة 86. B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 259، صفحة 106.

(5) لم يعد من الممكن بالفعل، في هذه الفرضية، القول إن الممثل يقاضي بهذه الصفة؛ انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول شباط 1984، النشرة المدنية، I، رقم 47، صفحة 41 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 أيار 1977، D.1977، 402، صفحة 402 من التقرير، ملاحظة F. DERRIDA - حكم غرفة العرائض، 18 تشرين الثاني 1907، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1908، صفحة 118، ملاحظة R. DEMOGUE - النقض المدني، 25 حزيران 1889، D.1890، 1، صفحة 151، S.1891، 1، صفحة 123 - 5 تشرين الثاني 1877، D.1880، 1، صفحة 79. وكذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة، 30 شباط 1988، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، الطبعة G، II، 21192، ملاحظة Ch. ATIAS (وكيل الملكية المشتركة الذي لم يكشف عن صفته كممثل للغير يمكن أن يلاحق شخصياً).

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 أيار 1985، المذكور سابقاً.

(7) حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 26 آذار 1971، نشرة الغرفة المختلطة رقم 6، صفحة 17 مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة G، II، 16762، طلبات R. LINDON - حكم الغرفة المدنية الأولى =

ومسألة مسؤولية الممثل، في هاتين الفرضيتين الأخيرتين، متنازع فيها⁽¹⁾. ويبدو، مع أن محكمة النقض أخذت غير مرة بأن «الموكل، بمفعول عقد الوكالة وحده، ليس مسؤولاً مديناً عن الجرائم التي يرتكبها الوكيل في مناسبة ممارسة وكالة»⁽²⁾، ويبدو إنه ينبغي الأخذ، إلى حد كبير، بمسؤوليته⁽³⁾، ربما بدرجة أقل لأنه يجب أن يعتبر هو نفسه مفوض ممثله⁽⁴⁾ وليس لأنه ارتكب الخطأ هو نفسه⁽⁵⁾، إنما بسبب التعليمات الخاطئة التي أعطاه لإياها، وإنما لأن عليه، في اختياره ممثله، أن «يتحمل النتائج»⁽⁶⁾، إذ يتج خطأ الاختيار عن اللامشروعية التي ارتكبها.

إن هذه الحلول مقبولة تقليدياً⁽⁷⁾، وتغدو المسألة، بالمقابل، أدق عندما لا يحمل الوسيط ضمن حدود سلطته أو لا يمتلك أي سلطة؛ والحلول المتبينة عندئذ هي في غير محلها عندما يعمل هذا الوسيط ظاهرياً بصفة ممثل وضمن حدود ملطت تجاه الغير.

- = في محكمة النقض، 20 نيسان 1977، النشرة المدنية، I، رقم 181، صفحة 142.
- (1) انظر بالنسبة إلى قبول مسؤولية الممثل: R. DEMOGUE، المرجع عنه، الجزء I، رقم 103 ورقم 138 - A. WAHL، تعليق على حكم غرفة العرائض، 21 آذار 1893، المذكور سابقاً - M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 65، صفحة 84. وعلى نقيض ذلك، M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء XI، تأليف R. SAVATIER، رقم 1502، صفحة 860 وما يليها - R. COLIN et H. CAPITANT، Cours élémentaire de droit civil français، الطبعة السابعة، الجزء II، رقم 947، صفحة 794 (حول أساس المادة 1384، الفقرة 3، من القانون المدني). - Ch. AUBRY et Ch. RAU، Cours de droit civil français، الجزء VI، الطبعة الخامسة، تأليف E. BARTIN، الفقرة 148، صفحة 184 ووصفة 185.
- (2) حكم الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 24 شباط 1934، مجلة نصر المدلل، 1934، I، صفحة 654 - 3 أيار 1940، مجلة نصر المدلل، 1940، 2، صفحة 28.
- (3) المدعى الذي يرتكب الممثل يلزم الممثل دائماً لأنه «غير قابل للانفصال عن العقد الذي يقوم التمثيل بدوره فيه» (M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عنه، الجزء XI، تأليف R. SAVATIER، رقم 1502، صفحة 862 - 3)؛ انظر حكم غرفة العرائض، 14 حزيران 1847، S.48، 1، صفحة 37؛ D.47، 1، صفحة 332 - حكم غرفة العرائض، 10 تموز 1895، S.96، 1، صفحة 288؛ D.96، 1، صفحة 132 - النقض المدني، 4 كانون الأول 1899، S.1900، 1، صفحة 311؛ D.1900، 1، صفحة 14.
- (4) انظر مع ذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 أيار 1986 (صفة الوكيل لا تستبعد صفة التابع)، النشرة المدنية، I، رقم 134، صفحة 134؛ D.1987، 1، صفحة 180 من المرجز، ملاحظة H. GROUTEL، بيد أنه يجب عند ذلك أن تكون شروط تطبيق المادة 1384، الفقرة 3، من القانون المدني، مجتمعة؛ انظر D. ALEXANDER، Juris.- civil، الجزء 1991 إلى 2002، الكراسة 2، الأرقام 31 إلى 36.
- (5) حكم الغرفة المدنية الأولى، في محكمة النقض، 23 أيار 1977، النشرة المدنية، I، رقم 244، صفحة 191 - النقض المدني، 14 تشرين الثاني 1888، D.89، 1، صفحة 469؛ S.91، 1، صفحة 45 - حكم غرفة العرائض، 10 كانون الثاني 1887، S.87، 1، صفحة 374 - 20 كانون الثاني 1880، S.80، 1، صفحة 412؛ D.80، 1، صفحة 352 - النقض المدني، 15 كانون الثاني 1872، S.72، 1، صفحة 9 - 8 تشرين الثاني 1843، S.43، 1، صفحة 852.
- (6) R. DEMOGUE، المرجع عنه، الجزء I، رقم 138، صفحة 229.
- (7) لا مجال لتعديلها في مادة التمثيل غير التام.

1 - تجاوز السلطة وإساءة استعمالها وغايبها .

583 - ليست الأعمال التي تقوم على تجاوز السلطة أو إساءة استعمالها محتجاً بها ضد الممثل .

في حين أن تجاوز السلطة يقدر موضوعياً بمقارنة بين ما جرى تنفيذه وما يمكن أن ينفذ⁽¹⁾؛ لم يعمل الممثل ضمن حدود سلطته؛ ويتم تقدير إساءة استعمال السلطة ذاتياً بالنسبة إلى الدوافع التي ألهمت الممثل وحدها؛ لم يعمل هذا الممثل لمصلحة الممثل ولو كان قد بقي، ظاهرياً، في حدود سلطته⁽²⁾.

يبد أن المفعول، في الفرضيتين، هو ذاته: العمل الذي يقوم به الممثل متجاوزاً سلطته أو مسيئاً استعمالها ليس له، مبدئياً، أي مفعول بالنسبة إلى الممثل⁽³⁾. والحل مبني حرفياً على المادة 1998، الفقرة 2، من القانون المدني في مادة الوكالة. وتفسيره النظري بسيط: لم يعمل الممثل ضمن حدود سلطته (وهذه الحدود لم تتم مراعاتها إلا ظاهرياً في حالة إساءة الاستعمال)؛ وليس في وسعه، إذا لم يتصرف مطلقاً عن طريق التمثيل، أن يلزم الممثل الذي بإمكانه الإفادة من مبدأ نية الاتفاقيات⁽⁴⁾.

إلا أن محكمة النقض حكمت، في حالة تجاوز السلطة، بأن العمل المبرم من قبل الممثل المزعوم «كان باطلاً بطلاً مطلقاً»⁽⁵⁾، لأن مسلك هذا الممثل منع الممثل من إعطاء

(1) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، I، رقم 268، صفحة 196 (رعد بالبيع أبرمه وكيل عقاري يختلف عن شروط البيع العقاري في وكالة) - 17 كانون الثاني 1973، النشرة المدنية، I، رقم 25، صفحة 23.

(2) انظر E. GAILLARD، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 49، 1، صفحة 97.

(3) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 199، صفحة 139 - الهيئة بكامل أعضائها، 28 أيار 1982، النشرة المدنية للهيئة، رقم 3، صفحة 15 D.S.1983، صفحة 117، طلبات J. CABANNES و صفحة 349، تعليق E. GAILLARD - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 تشرين الثاني 1976، النشرة المدنية، I، رقم 361، صفحة 284 - الفرض المدني، 20 كانون الأول 1938، 1، مجلة قصر العدل، 1939، 1، صفحة 330 - 16 تموز 1934، S.1934، صفحة 326 - حكم غرفة المرافض، 20 كانون الثاني 1980، D. P. 80، 1، صفحة 252. وكذلك A. RIEG، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 26 - AYNÈS، Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة السابعة، 1993، الأرقام 572 إلى 574 - F. TERRÉ، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 168، صفحة 133.

(4) انظر M. STORCK، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 231، صفحة 170 - B. STARCK، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L. BOYER، رقم 232، صفحة 98. وكذلك Ph. FÉTEL، L'obligation du mandataire، منشورات 1988، Litco، 1988، مقدمة M. CABRILLAC، رقم 77 وما يليه، الذي يفضل تعبير «غياب المفعول» على «الأحجية».

(5) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 نيسان 1980، النشرة المدنية، III، رقم 73، صفحة 153 D.1981، صفحة 314 من التقرير، ملاحظة J. GHESTIN، المجلة الفعالية للقانون المدني، 1981، صفحة 155، ملاحظة F. CHABAS؛ Defrénois 1981، صفحة 653، ملاحظة J.-L. AUBERT.

رضاه على العقد وحرمة شروطاً جوهرية لصحته. وكان هذا الحل موضع انتقاد لأن البطلان، في ما يتعلق بحماية الممثل، هو بطلان نسبي كان من الواجب قبوله⁽¹⁾. وحكمت محكمة النقض، في فرضية غياب السلطة، بالطريقة عينها⁽²⁾ في صدد وفاة الموكل، «بأن العقد الذي أبرمه وكيل مجرد من السلطة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً»⁽³⁾. وقد تعرض هذا الحل للانتقادات نفسها كما في تجاوز السلطة.

إن «الممثل» في هذه الفرضيات كافة، يمكن أن يكون مسؤولاً تجاه «الممثل» وتجاه الغير⁽⁴⁾.

ب - ظاهر السلطة.

584 - يمكن أن يستفيد الغير من نظرية الظاهر لربط شخص لم يعهد إلى شخص آخر بسلطة إلزامه.

إن الحلول التي ذكرناها لا تعني أن الممثل لم يصادق على العقد ومع التحفظ بقبول البطلان المطلق - وإن هذا العقد لم يكن نافعاً أو أن الغير لا يمكنه الاستفادة من نظرية الظاهر⁽⁵⁾ وموضوعها تسوية النزاع الذي ولده سلك الممثل المزعوم بين مصلحة «الممثل» ومصلحة الغير⁽⁶⁾. إن لنظرية الظاهر هنا، وهي المعدلة لتصحيح قسوة إرالية التمثيل⁽⁷⁾، هدف عدم التضحية بسلامة المصالحات المرتكزة على الثقة المتبادلة التي ينبغي أن تشجع الفريقين في العقد: إذا كان الغير قد ظن شرعاً أن شريكه في التعاقد كان مزوداً بسلطة التمثيل، في حين أنه لم يكن كذلك أو لم يحترم حدوده، فيجب إقبال إن الشخص الذي من المفترض أن يكون ممثلاً يمكن أن يكون ملزماً في بعض الحالات.

إن نظرية الظاهر، لأنها خارجية عن إرالية التمثيل، قلما تجعلنا نتوقف عندها⁽⁸⁾. ومن المناسب فقط التذكير بتطبيقاتها الرئيسية في هذه المادة.

فمحكمة النقض، بعد أن أخذت بأن «الممثل» يمكن أن يكون ملزماً بالعقد التي أبرمها «ممثلاً»، استناداً إلى الخطأ شبه التقصيري الذي يمكن أن يكون قد ارتكبه الممثل

(1) J. GHESTIN et J.-L. AUBERT، التعليلان المذكوران سابقاً - قارن M. STORCK، الأطروحة المذكورة

سابقاً، رقم 230، صفحة 170، الذي يرى أن الأهمية كانت المعالجة المعقولة وحدها.

(2) مما ينظر، على الصعيد العملي، غياب تجديد السلطة أو عزل الممثل أو أيضاً وفاة الموكل.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى، 9 حزيران 1978، النشرة المدنية، I، رقم 213، صفحة 173.

(4) انظر Ph. PÉTEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 97 وما يليه.

(5) انظر Ph. PÉTEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 88 إلى 88.

(6) انظر المسألة المميزة التي طرحها M. STORCK (الأطروحة الأتفة الذكر، رقم 232، صفحة 171، صفحة

172) «فعل أن المصلحة الفردية للشخص الذي جرى إبرام عقد لحسابه بدون سلطات يجب بالضرورة أن تتنب على مصلحة الغير الذي ظن شرعاً أن تعهد هذا الشخص صحيح».

(7) انظر المدخل العام، رقم 862، صفحة 673.

(8) انظر حزل مجمل المسألة، المدخل العام، رقم 770 وما يليه.

بإهمال استخدام امتيازاته لوضع نهاية للظواهر الخادعة⁽¹⁾، لم تخضع نظرية الظاهر لمبادئ المسؤولية المدنية، لقبول أن «الممثل»، ولو كان غير مؤاخذ، يمكن أن يكون ملزماً «إذا كان اعتقاد الغير بمدى سلطات الوكيل مشروعاً»⁽²⁾.

وعليه لم يعد موقف «الممثل هو الذي يجب أن يقام له وزن، وإنما موقف الغير. ولكي يكون الأول ملزماً أصبح الاجتهاد يفرض أن لا يكون الثاني قد ارتكب غلطاً مشتركاً⁽³⁾ بل ارتكب «غلطاً مشروعاً»⁽⁴⁾، أو أنه استسلم «لاعتقاد مشروع»⁽⁶⁾، وجميع التعميمات تفترض أن هذا الغير حسن النية. وهذا يعني أنه ينبغي التحديد، تجاه الظروف الواقعية التي كان الغير موجوداً فيها، ما إذا كان قد اتخذ الموقف الذي كان سيتخذه إنسان يقظ وحذر، مع عدم التطلب من هذا الغير أن يلجأ إلى تحقيقات تتجاوز العناية الطبيعية في حالة مماثلة⁽⁶⁾. وذلك يعني القول إن الحلول، رغمًا عن الرقابة التي تقوم بها محكمة

- (1) انظر على سبيل المثال النقض المدني، 27 تشرين الثاني 1930، D.H. 1930، صفحة 68. وكذلك F. GIRAUT, L'apparence source de responsabilité, أطروحة في باريس، 1937.
- (2) حكم الهيئة بكامل أعضائها في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1962، D.1963، صفحة 277، تعليق J. CALAIS-AULOY، مصنف الاجتهادات الدوري، 1963، II، 13105، تعليق P. BSMBIN، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1963، صفحة 572، ملاحظة G. CORNU، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1963، صفحة 333، ملاحظة R. HOUTIN.
- (3) انظر حول التفریق بين الغلط المشترك والغلط المشروع، المدخل العام، رقم 783 ودرم 784.
- (4) تبنت محكمة النقض، بعد أن تطلبت غلطاً مشتركاً (حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الثاني 1965، D. 1966، صفحة 449، تعليق J. CALAIS-AULOY، مصنف الاجتهادات الدوري، 1966، II، 14361، تعليق R.I.)، شروط تطبيق أسمى، معيار الغلط المشروع مع ممارسة رقابة وصف الغلط (انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 نيسان 1969، D.1970، صفحة 23، تعليق J. CALAIS-AULOY) مما يتيح الأخذ بأن الغلط المشروع يجب تقديره بشكل مطلق (انظر J. GHESTIN et G. GOUBEAUX، المراجع عينه، الطبعة الثالثة، رقم 785، صفحة 775، التعليق 39).
- (5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 كانون الثاني 1994، النشرة المدنية، I، رقم 1، صفحة 1 - حكم الغرفة المدنية الثالثة، 2 تشرين الأول 1974، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، الطبعة G، II، 18247، ملاحظة H. THUILLIER - الغرفة المدنية الأولى، 3 أيار 1983، النشرة المدنية، I، رقم 161، صفحة 140؛ فهرس Defrénois، 1984، صفحة 436، ملاحظة G. VIRMELLE - الغرفة المدنية الثالثة 20 نيسان 1988، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، الطبعة G، II، 21229، ملاحظة J. MONÉGER - 23 تشرين الثاني 1988، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة N، II، صفحة 72، ملاحظة J.-P. MORAU - الغرفة التجارية، 6 حزيران 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 179، صفحة 119.
- (6) تأخذ محكمة النقض بأن الطابع المشروع للاعتقاد يفترض أن تسمح الظروف للغير بأن لا يتحقق من السلطات الممنوحة: حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 319، صفحة 230. انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة التجارية، 12 تموز 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 292، صفحة 207 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 نيسان 1988، المذكور سابقاً - حكم الغرفة التجارية، 22 كانون الأول 1975، النشرة المدنية، IV، رقم 313، صفحة 260 - حكم الهيئة العامة بكامل أعضائها، 13 كانون الأول 1982، المذكور سابقاً.

التفرض⁽¹⁾، ليست موحدة وتتوقف إلى حد كبير على الظروف الواقعية⁽²⁾.
وينبغي أيضاً، إذا كان تحديد الغلط المشروع حاسماً لتطبيق نظرية الظاهر على إوالية التمثيل، أن يجتمع شرطان آخران. الشرط الأول الإيقاع في الغلط: يجب أن يكون الغير أمام شخص يعمل كما لو كان مزوداً بسلطة التمثيل كي يكون ثمة عدم ملائمة بين ما ظنه الغير والحقيقة، والشرط الثاني، المنصف وإنما يصعب تقديره أحياناً، يعود إلى «الممثل»: يقتضي أن لا يكون قد «بقي أجنبياً تماماً عن الظاهر»⁽³⁾.

-
- (1) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة التفرض، 7 كانون الثاني 1992، النشرة الملثبة، IV، رقم 6، صفحة 5 (تحت طائلة التفرض لتفرض في الأساس القانوني يجب على القاضي بيان الظروف التي تسمح للغير بعدم التحقق من سلطات الوكيل). يتيح إقدام محكمة التفرض على ممارسة رقابتها مع الإحالة إلى الظروف الواقعية التفكير في أنها تتصرف هنا، من طريق مزيج أنواع توافقت عليه، كدرجة ثالثة من القضاء، انظر بهذا المعنى B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، 1993، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 248، صفحة 102.
- (2) انظر حول تقدير هذه الظروف في مادة الوكالة Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة السابعة، رقم 582، الصفحات 315 إلى 318. وكذلك B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 247 ورقم 248.
- (3) حكم الغرفة التجارية في محكمة التفرض، 27 أيار 1974 (في مادة الصيرافة)، D.1977، صفحة 421، تعليق J.-P. ARRIGHI (يجب أن لا يُنسب الظاهر، في أي شكل كان، إلى «الممثل»).

القسم 2

الوعد بضمان موافقة الغير

585 - تعريفه ومفعله.

ضمان موافقة الغير بالنسبة إلى أحد الأشخاص هو الوعد بالموافقة على الالتزام⁽¹⁾. وضامن موافقة الغير يبرم عقداً لحساب الغير بدون أن يكون قد تلقى السلطة مسبقاً⁽²⁾. وفعالية هذا التمثيل بدون سلطة يخضع لمصادقة الغير اللاحقة. إن الضامن يعد بهذه المصادقة من أجل الحصول على رضا الفريق الآخر وبالتالي إبرام العقد. وهكذا يكون الوعد بضامن موافقة الغير عهداً ملحقاً بالعقد الأصلي من أجل تحقيق هذا العقد فوراً رغمًا عن بعد أحد الفريقين أو عدم أهليته وعدم وجود سلطة من مثله⁽³⁾. ويطبق الوعد بضامن موافقة الغير، في عرف بعض المؤلفين⁽⁴⁾، على مجرد أعمال

- (1) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 آذار 1976، النشرة المدنية، III، رقم 108، صفحة 84، تأييد محكمة الاستئناف التي، استنتجت من تقديرها أن تعهد البائع «بالساعة بالوسائل جميعاً على إضفاء الشرعية على عقد البيع» لا يشمل وهذا بالحصول على رضا شريكه المالك على الشيوع، إن هذا التعهد لا يمكن أن يوصف بالوعد بضامن موافقة الغير.
- (2) انظر إمكانية مماثلة الوعد بضامن موافقة الغير بتمثيل «تجاري»، الرتم 576 السابق، التعليق 125 «تأرون بـ J. CHEVALIER، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 حزيران 1985، السجل الفصلي للقانون المدني، 1986، صفحة 79، رقم 2). أضيف إلى ذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 25 كانون الثاني 1994، النشرة المدنية، IV، رقم 34، صفحة 126 فهرس DeFrénois، 1994، صفحة 792، رقم 59، ملاحظة Ph. DELEBECQUE نشرته Joly 1994، صفحة 373، ملاحظة P. LE CANNU. ضمان موافقة الغير لا يملك صلاحية إلزام الغير غير المجبر إلا بما يقبل التعهد به - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 تموز 1992، النشرة المدنية، رقم 232، صفحة 154: الغير الذي ضمن أحد الأشخاص موافقته، بكونه غير ممثل في العقد، لا يمكن أن يطبق عليه البند التحكيمي المدخل في العقد.
- (3) انظر J. BOULANGER، La promesse de forte - fort et les contrats pour autrui في كان، 1933.
- (4) G. MARTY et P. RAYNAUD، Les obligations، الطبعة الثانية، الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، صفحة 293، رقم 277 - E. PORTIS، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V ضمان موافقة الغير (1994)، رقم 8 ورقم 13.

مادية. بيد أن تعهد مدرب ملاكمة بإشراك أحد تلاميذه في إحدى المباريات⁽¹⁾ يبدو أنه يفترض عقدًا بين هذا التلميذ ومنظم المباراة. كما أن امتناع مالك مال باعه شخص آخر عن الادعاء على هذا الشخص⁽²⁾ قريب من المصادقة التي هي عمل قانوني. وعلى سبيل المثال يتجاوز الوكيل السلطات الممنوحة له كي لا تفوت عليه فرصة قضية مربحة لموكله.

ويفترض تدخل ضامن موافقة الغير، عملياً، علاقات شخصية أو عائلية أو صداقة أو أعمال⁽³⁾ تسمح له بالاعتقاد أنه سيحصل على مصادقة الغير. ولضامن موافقة الغير، في أغلب الأحيان، مصلحة شخصية في إبرام العقد⁽⁴⁾.

ومكثداً، من أجل تحقيق بيع عقار شائع، إذا كان أحد الشركاء في الملكية غالباً أو قاصراً، يضمن الشركاء الآخرون المصادقة اللاحقة. كما أن مؤسسي شركة، قبل تكوينها النهائي، يضمنون موافقة أجهزتها المعنية لاحقاً على العقود المبرمة فوراً مع الغير لحساب هذه الشركة.

إن وإالية كهذه ملائمة طالما أنها تتيح تجاوز العقبة التي يشكلها غياب أحد الفريقين أو لأهليته. غير أن لذلك بعض الخطر. فضامن موافقة الغير، في رغبته في القيام بعملية تهمة، يتعهد أحياناً بخفة. ويخشى الفريق الثاني من ناحيته، إذا لم يتم الحصول على المصادقة الموعودة، أن لا يعرض عليه إلا بشئ إجراء يجعله يأسف على الاختصار الوهمي المتشود عبر الوعد بضمان موافقة الغير.

586 - يمكن، في سبر الرعد بضمان موافقة الغير، تمييز مرحلة استباق منرى أنها سبق أن أنتجت بعض المغاميل القانونية. ومرحلة الاستباق هذه تتقدم على قرار الغير الذي توقف عليه النتائج النهائية. وستفحص إذاً على التوالي مرحلة الاستباق وقرار الغير.

- (1) حكم محكمة استئناف Douai، 3 كانون الأول 1912، S.1912، 2، صفحة 217، تعليق J. A. ROUX.
- (2) حكم محكمة استئناف روم، 22 حزيران 1836 بناء على عريضة 2 كانون الثاني 1838، الاجتهاد العام، البيع، رقم 1873، والموجبات، رقم 264.
- (3) انظر حول استخدام الوعد بضمان موافقة الغير، - M. VÉRICHEL, Désuétude ou actualité de la Promesse de porte-fort، D.1988، 124، وما يليها من المرحض. وكذلك G. TILLEMENT، promesse de porte-fort et droit des sociétés، Ph. SIMLER، les solutions de substitution au cautionnement، مصنف الاجتهادات الموزي، 1990، الطبعة G، I، 3427، رقم 12 وما يليه (حول استخدام المتوائر للوعد بضمان موافقة الغير داخل الشركات). - F. DELBARRE et C. LAVABRE، Centrales d'achat et de services: référencement et déréférencement، D.S.1985، 165، وما يليها من المرحض، ولا سيما A-I (حول إقناع مراكز الشراء بضمان موافقة قروصها بالنسبة إلى الإجمالية (استناداً إلى هيئة) في شأن المنتجات).
- (4) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 30 آذار 1971، النشرة المدنية، IV، رقم 102، صفحة 92، محكمة استئناف روان، 7 نيسان 1970، D.1970، 676، تعليق M. TROCHU، بالنسبة إلى استخدام وعد بضمان موافقة الغير استباقاً للتسليم عن طريق البيع في صورة إيجار.

الفقرة 1 - مرحلة الاستيقاق

587 - هدف العملية تحقيق عقد صحيح وقابل للتنفيذ، باستبدال إرادة ضامن موافقة الغير على مسؤوليته الشخصية بإرادة أحد الزوجين، غير المعبر عنها بحسب تعريفها، والتنسيق بين العقد الأصلي والوعد بضمان موافقة الغير يتيح هكذا التدخل في ذمة الغير السالية.

I - إبرام العقد الأصلي والوعد بضمان موافقة لغير

588 - يتمهد ضامن موافقة الغير شخصياً بتأمين مصادقة الشخص الذي ضمن

موافقته.

للعقد، منذ إبرامه، موضوع وسبب. إنه يشكل تماماً توافق الإرادات، يقوم فيه رضا ضامن موافقة الغير مقام رضا الغير الذي يمثله. وإرادة الممثل، لعدم وجود السلطة، لا تربط الممثل فوراً. إن العقد موجود وهو صحيح، بيد أنه غير كامل، ولا يمكن أن يجعل الغير مدنياً طالما أن هذا الغير لم يصادق عليه⁽¹⁾.

وتنتج صحة العملية عن الأحكام الصريحة للمادة 1120 من القانون المدني⁽²⁾، ويقبلها اجتهاد مستقر فضلاً عن ذلك.

على أن الحل يجب بيان فروقاته الدقيقة عندما يرتدي العقد شكلاً رسمياً. فالمادة 1394 من القانون المدني كما نتجت عن قانون 13 تموز 1963 كرست اجتهاداً مستقراً يحكم ببطال عقود الزواج التي يضمن فيها الوالدان موافقة أحد الزوجين الغائب. ولا يمكن

(1) G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 232، رقم 618 - حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 25 كانون الثاني 1994، المذكور سابقاً - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 أيار 1976، النشرة المدنية، III، رقم 229، صفحة 177.

(2) على أنه يقتضي استثناء الفرص التي يخالف الوعد فيها قاعدة قانونية أمرة. وهكذا حكمت محكمة النقض بأنه ينجم عن المادة 215، الفقرة 3، من القانون المدني أن أحد الزوجين ليس في وسع ضمان رضا الفريق الآخر بالنسبة إلى بيع سكن الأسرة (انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، I، رقم 315، صفحة 210؛ 1990، D، صفحة 310، تعليق R. LE GUDEC؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة، II، 261، ملاحظة G. VENANDET 1989، Defrénois، البند 34633، صفحة 1420، ملاحظة G. CHAMPENOIS، السجلة الفعلية للقانون المدني، 1991، صفحة 387، رقم 2، ملاحظة B. VAREILLE). كما أنها أخلت، على أساس المادة 1427 من القانون المدني، بطلان وعد بضمان موافقة الغير بالتمية لوعد بتسوية بيع عقد أحد الزوجين، عندما يتناول هذا العقد أموالاً مشتركة بين الزوجين (انظر حكم الغرفة المدنية الأولى، 15 تموز 1993، النشرة المدنية، I، رقم 255، صفحة 176). قارن بـ A. TILLEMENT، المقالة المذكورة سابقاً، ولاسيما رقم 23 وما يليه، الذي يحلل صحة الرعد بضمان موافقة الغير بالنسبة إلى تحظير اتفاقيات التصويت والمزل الحر لسفيري الشركات. انظر أيضاً المادة 933 من القانون المدني، والمادة 214 - L.15 من قانون التأمين.

أن يضفي بند ضمان موافقة الغير الصادر عن الغير، في الهبات بقسمة التركة، الصحة على العقد⁽¹⁾. وبالمقابل عندما يصدر الشرط عن الواهب أو الشركاء في القسمة عديمي الأهلية فهو يكفي لجعل الهبة بقسمة التركة غير قابلة للرجوع عنها⁽²⁾. ويقتل الاجتهاد أخيراً صحة تكوين الرهن العقاري الذي يجريه ضامن موافقة الغير⁽³⁾.

على أن المسألة تطرح لمعرفة ما إذا كانت العقود لصالح الغير هي، بصورة عامة، صحيحة أو ما إذا لم تكن كذلك إلا أن نقترب بوعده بضمان موافقة الغير.

لا يبدو أن المادة 1120 من القانون المدني تنص على استثناء على منع الوعود لصالح الغير إلا أن يكون ثمة بند ضمان موافقة الغير. غير أن المادة 1119 من القانون المدني إذا نظرنا إليها عن كثب، نرى أنها تمنع فقط إلزام الغير باسم من صدر عنه الإلزام. وهي لا تمنع إلزام الغير بالعمل لحسابه. ويتميز آخر لا تشكل عقبة أمام أن يكون الغير ملزماً عن طريق التمثيل، وذلك بدون التمييز حسب أن يكون الممثل مزوداً بالسلطة أم لا. والمادة 1998 تقبل، فضلاً عن ذلك، تقبل صحة عملية كهذه عندما يتجاوز الوكيل السلطة التي أعطيت له. ولا يكون الموكل ملزماً، في هذه الحالة، إلا بمقدار ما يصادق على ما قام به الوكيل. والعملية صحيحة شرط مراعاة هذا التحفظ المهم.

والفريق الآخر، عملياً، لن يقبل اعتيادياً تدخل ممثل بدون سلطة إلا أن يكون هذا الممثل ضامناً موافقة الغير، أي أن يتعهد شخصياً بتأمين مصادقة الممثل. بيد أن تعهداً شخصياً كهذا ليس، من حيث المبدأ، ضرورياً لصحة العقد المبرم لحساب الغير وبدون سلطة.

وتقدم هذه الملاحظة إلى استبعاد الفرضية التي يتضمن التعهد باسم الغير بمقتضاها بالضرورة وعداً بضمان موافقة الغير، وإلا لن تكون له أي فعالية⁽⁴⁾، وفعالية العقد في الحقيقة، في غياب ضامن موافقة الغير، تتوقف كلياً على مصادقة الغير⁽⁵⁾. على أنه لا يحسن القول، ولو لم يكن ذلك إلا بسبب المفعول الرجعي لهذه الفعالية، إن عقد كهذا مجرد من أي فعالية.

(1) حكم غرفة المرافض، 15 تموز 1889، S.89، 1، صفحة 412.

(2) انظر النقض المدني، 21 حزيران 1893، D.P.94، 1، صفحة 201، تعليق M. PLANIOL، S.94، صفحة 17، تعليق A. TISSIER.

(3) انظر حكم غرفة المرافض، 3 آب 1889، D.P.89، 1، صفحة 418 - النقض المدني، 13 كانون الأول 1875، D.P.76، 1، صفحة 97، تعليق E. GARSONNET.

(4) R. SALEILLES، *Essai sur la théorie générale de l'obligation*، الطبعة الثانية، 1901، رقم 152، صفحة 163 و صفحة 164. انظر النقض المدني، 28 كانون الأول 1928، S.1928، 1، صفحة 273، تعليق H. VIALLETON، D.P. 1930، 1، صفحة 30، تعليق H. LALOU، قبول هبة بقسمة التركة من قبل الواعين باسم ابنتهما يفسر كوعده بضمان موافقة الغير.

(5) حكم غرفة المرافض، 9 تشرين الثاني 1854، D.54، 5، صفحة 514.

ولا يخضع الوعد بضمان موافقة الغير لأي شكل خاص حتى أنه يمكن أن يكون عبثاً⁽¹⁾. غير أنه من الضروري التحقق من تعهد شخصي لمن يضمن موافقة الغير⁽²⁾.

II - للتدخل في ذمة للغير

589 - يتحلل الوعد بضمان موافقة الغير كتمثيل بدون سلطة تتوقف فعالته على مصادقة الممثل.

إذا كان التعهد يفترض نشاط الغير أو امتناعه فلا يمكن إدراك أي تنفيذ قبل المصادقة. وتنفيذ الغير ياروي المصادقة طبعاً.

على أن المسألة تبدو مختلفة عندما يتناول موجب ضمان موافقة الغير حقاً عبثاً يتم نقله، إلى ملكية أو تمتع، باسم حائزه.

ينفذ العقد في الممارسة بدون انتظار مصادقة الممثل. وإذا تعلق الأمر بعقار مثلاً فإن الشاري يحوزه وتحقق عليه النقل⁽³⁾. ولا شك في أن الغير الذي بقي مالكاً العقار، بإمكانه المقاضاة للاسترداد⁽⁴⁾. غير أنه لا يمكن المنازعة في أن العقد أنتج بعض المقابيل في ذمته المالية، مع أنه لم يصدر عنه أي تعهد ولم يعط ضامن موافقة الغير أي سلطة للتعهد باسمه.

ويتعدى البحث عن التفسير إلا في فكرة التمثيل. فالغير فريث لأنه ممثل. بيد أن فعالية

(1) انظر النقض المدني، 28 كانون الأول 1926، المذكور آنفاً.

(2) انظر في هذا الاتجاه، G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations, الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، 1986، صفحة 292، رقم 276. E. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations - 373، التعليق I. E. GAUDEMET, Théorie générale des obligations، رقم 484، صفحة 373، التعليق I. R. obligations، منشورات Sirey، 1937، صفحة 237. B. FORTIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 11. R. obligations، Le clause de porte - fort dans la pratique contemporaine، الفهرس العام للمكتبات العدل، 1928، البند 21592، رقم 5 - حكم محكمة استئناف باريس، 17 تشرين الأول 1968، 1969، D.، صفحة 65 من الموجز؛ المسجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 562، رقم 10، ملاحظة Y. LOYSSOUARN - حكم محكمة استئناف روان، 7 نيسان 1970، D.، 1970، صفحة 676، تعليق M. TROCHU - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 آذار 1978، المذكور آنفاً، وكذلك حول صعوبة تمييز هذا التعهد الشخصي في مادة الشركات، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 تشرين الأول 1988، نشرة Joly، 1988، صفحة 883، ملاحظة P. LE CANNU (بناء على طعن ضد حكم محكمة استئناف باريس، 15 كانون الثاني 1987، نشرة Joly، 1987، صفحة 101، ملاحظة P. LE CANNU، لفرس Delfinois، 1987، صفحة 624، رقم 6، ملاحظة J. HONORAT).

(3) انظر E. FORTIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 29، الذي يبين أن المصادقة حسب الاجتهاد لا تحتاج إلى أن تكون موضوع عملية إضافية (النقض المدني، 4 آذار 1891، D.P.91، 1، صفحة 313، في شأن بيع عقار - حكم غرفة المرافض، 3 آب 1859، D.P.59، 1، صفحة 419 - النقض المدني، 13 كانون الأول 1875، المذكور سابقاً)، مما يستدعي أن تكون العلية العقارية قد جرت قبل المصادقة.

(4) النقض المدني، 28 شباط 1894، S.96، 1، صفحة 209، تعليق Ch. LYON-CAEN، G. RIPERT et...، الجزء II، المرجع عنه، 232، رقم 616.

التمثيل، لغياب سلطة التمثيل، تتوقف على المصادقة بعدئذٍ. على أن كل شيء يجري، بانتظار هذه المصادقة التي ليست سوى احتمالية، كما لو أن الغير كان قريباً في العقد، فبتم، بسبب المعجلة، استباق رضا يُحكم بأن الحصول عليه يستغرق وقتاً طويلاً جداً، ويجعل التصرف كما لو أن هذا الرضا قد أعطي.

إن تدخلنا كهذا، بدون وكالة، في ذمة الغير المالية، يحمل على التفكير بالطبع في الفضول. غير أنه جرى بيان أن الفضول السوي ليس له دور في هذا الوضع. فالفضول لا يفرض موجباً على صاحب العمل، أي على حائز الذمة المالية التي تتم العملية فيها، إلا بمقدار منفعة العمل الفضولي. والفضول، علاوة على ذلك، لا يسمح للفضولي المجرّد من السلطة بتعديل تكوين ذمة صاحب العمل المالية. والحال أن ذلك هو الموضوع الذي يتناوله اعتيادياً الوعد بضمان موافقة الغير⁽¹⁾.

ولا يمكن بالتالي أن نجد تفسير الوعد بضمان موافقة الغير إلا في أحكام المادة 1998 من القانون المدني. وهذا النص يحوي صراحة أن الموكل لا يمكن أن يلزم بما أقدم عليه الوكيل باسمه، عند تجاوز السلطة التي أعطيت له، إلا بمقدار ما صادق عليه. وضامن موافقة الغير، بسبب الروابط مع الغير عملياً، يمكن أن يماثل بالوكيل. وكما الركيل الذي يتجاوز حد سلطاته، يقدم ضامن موافقة الغير نفسه كممثل فرضي أو شرطي⁽²⁾.

يبقى أن استباقاً كهذا لتحويل السلطة التي تتوقف على إرادة الغير خطر ذاتاً وينبغي عدم اللجوء إليه إلا بحذر وليس لمجرد أسباب ملائمة⁽³⁾. إن مصير العقد أخيراً، وفي الواقع، يتوقف كلياً على قرار الغير.

الفقرة 2 - قرار الغير

590 - الغير حر مبدئياً في المصادقة على التمثيل المتخذ باسمه أو عدم المصادقة.

I - للمصادقة على التمثيل

591 - يؤيد الغير بالمصادقة مبادرة من مثله بدون سلطة. إنه يبدى، من جانب

(1) انظر J. CHEVALLIER، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تموز 1964، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 113، رقم 4.

(2) انظر J. BOULANGER، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 10، صفحة 23 وصفحة 24. G. RIPERT et al.، J. ROULANGER، Traité de droit civil، الجزء II، 1957، L. G.D.J.، الجزء II، صفحة 233، رقم 619.

(3) انظر حول مسؤولية الكاتب العدل الشخصية الذي يقدم مساعدته في عقد مع ضمان موافقة الغير: حكم محكمة استئناف بواتييه، 13 تشرين الثاني 1934، 1935 D.P.، 2، صفحة 6، تعليق R. SAVATIER. حكم محكمة استئناف باريس، 6 آذار 1951، 1951 D.، صفحة 215.

واحد، إرادته في امتلاك نتائج العقد المبرم لحسابه⁽¹⁾.
وغالباً ما تكون المصادقة صريحة، ويمكن أن تكون ضمنية، وتنشعب عن أي عقد
يتوجب بصورة أكيدة الموافقة على إرادة ضامن موافقة الغير⁽²⁾.
ويجدر تحديد مفاعيل المصادقة وطبيعتها القانونية.
أ - مفاعيل المصادقة:

592 - تنتج المصادقة مفاعيل حاسمة بالنسبة إلى ضامن موافقة الغير وإلى العقد
الأصلي.

593 - مفاعيل المصادقة بالنسبة إلى ضامن موافقة الغير.

عندما تتم المصادقة على العقد الأصلي يكون موجب ضامن موافقة الغير قد جرى
تنفيذه، ويكون محرراً بالتالي من موجه⁽³⁾.
وينبغي، فضلاً عن ذلك، التفريق بين وضع ضامن موافقة الغير ووضع الكفيل. فالكفيل
يتعهد بالتنفيذ مكان المدين الأصلي عندما لا يتخذ موجه. وضامن موافقة الغير يتعهد فقط بأن
يضطلع الغير بموجب محدد⁽⁴⁾. وهو لا يعد بأن التعهد المتخذ سوف يتخذ. وهكذا ما أن تتم
المصادقة حتى يصبح ضامن موافقة الغير محرراً⁽⁵⁾.

(1) انظر حول الطابع الأحادي الجانب للمصادقة حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 7 آذار 1978،
D.1979، صفحة 395 من التقرير - النقض المدني، 27 آب 1833، S.33، 1، صفحة 673.

(2) انظر على سبيل المثال بيع المحل عقاراً خصص له في قسمة مع وعد بضمين موافقة الغير: حكم غرفة
المراجع، 4 أيار 1858، D.58، 1، صفحة 254 - 1 نيسان 1868، D.69، 1، صفحة 373. وكذلك
حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 تموز 1986، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة
306، رقم 2، ملاحظة J. MESTRE - حكم غرفة المراجع، 4 نيسان 1875، D.76، 1، صفحة 380 -
12 شباط 1873، D.73، 1، صفحة 413، S.73، 1، صفحة 457. قارن بـ: حكم الغرفة المدنية الثالثة في
محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية III، رقم 339، صفحة 260، بيان أن نظام الدفعات
على الحساب حسب كفاءات مختلفة عن الاتفاق المقنن بين ضامن موافقة الغير وشريكه في التعاقد لا
يساوي مصادقة.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 آذار 1978، المذكور آنفاً. يكون محرراً أيضاً عندما
يتخلل المستفيد من الوعد من ادعائه نجاه الغير، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22
نيسان 1988، النشرة المدنية، 1، رقم 99، صفحة 101، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة
308، رقم 2، ملاحظة J. MESTRE.

(4) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 تموز 1986 المذكور آنفاً، استنتاج أن ضامن موافقة الغير
لا يمكن أن يكون ملزماً بالتسديد الكامل لمبلغ القرض في حين أن الغير صادق على الوعد ولا يوجد هنا أي
تضامن.

(5) 35، صفحة 33، بإمكان الشخص نفسه الجمع بين صفة ضامن موافقة الغير وصفة الكفيل اللتين تقوم كل
منهما بدورها على التوالي (انظر حكم محكمة استئناف باريس، 9 كانون الثاني 1933، S.1933، 2، صفحة -

ويقتضي كذلك التفريق بين الوعد بضمان مراقبة الغير وكتاب طلب المساعدة أو التية (كتاب مرادف في الغالب الكتاب طلب المساعدة). والعملية سهلة عندما لا يحوي هذا الكتاب أي تعهد قانوني أو، على العكس، يتبين أنه كفاة حقيقية. ويمكن أن يكون الأمر خلاف ذلك عندما يتعهد واضع مثل هذا الكتاب وإنما بدون تحديد أنه يحل مكان المدين المتخلف. فهل يمكن اعتبار موجب الفعل الذي يتعاقد عليه وعداً بضمان مراقبة الغير⁽¹⁾. يتوقف الجواب على هذا السؤال بالتأكيد على التباير المستخدمة في الكتاب. بيد أنه يبدو من الممكن طبيعياً رفض مماثلة الإوابين. إن محرر الكتاب يتعهد بالفعل على وجه العموم «بفعل ما في وسعه» أو «بذل جهوده» أو «وأعمال كل شيء» لكي ينفذ المدين موجبه، ذلك بأن هذا التنفيذ الفعلي هو الذي يهم الدائن في المقام الأول. وينبغي بالتالي تفرقه عن ضامن موافقة الغير الذي بطبيعته، يعد فقط بأن يوافق الغير على الالتزام وليس على تنفيذ موجبه، ويتباير أخرى، إذا تعاقد كلاهما على موجب نتيجة⁽²⁾ فإن موضوع تعهدهما متميز مما يمنع الخلط بينهما.

594 - مفاعيل المصادقة بالنسبة إلى العقد الأصلي.

تجعل المصادقة الغير مديناً بالتعهد الذي اتخذهُ ضامن موافقة الغير باسمه. والغير الذي أعطى هذا الضامن السلطة التي لم تكن له يأخذ الإدارة على عاتقه ويصبح فريقياً في العقد. ويعطي اجتهاد مستقر⁽³⁾ المصادقة مفعولاً رجعياً. ويجري كل شيء كما لو أن الممثل

= (136). والتفريق لا يتم دائماً بشكل واضح في الممارسة العقيدية وعلى المحاكم تفسير اليد لسعرة ما إذا كان ضامن موافقة الغير توخي، فضلاً عن ذلك، ضمان تنفيذ العقد، انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1978 المذكور سابقاً. - حكم الغرفة المدنية الثالثة - 14 كانون الثاني 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 16، صفحة 13. - فارد حكم الغرفة المدنية 7 تشرين الأول 1984، النشرة المدنية، I، رقم 433، صفحة 335؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 808، رقم 2، ملاحظة J. CHEVALLIER.

(1) انظر في هذا الاتجاه E. FORTIS، المقالة المذكورة آنفاً، رقم 10 - G. TILLEMENT، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 25 - Ph. SIMLER، Les solutions de substitution au cautionnement، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطعة G، I، 3427، رقم 12 ومؤلّفه.

(2) انظر في صدد كتاب المساعدة، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 23 تشرين الأول 1990، نشرة Joly، 1991، صفحة 403، ملاحظة M. JEANTIN؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، الطعة G، II، 21684، تعليق Ch. LARROUMET، 21 كانون الأول 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 281، صفحة 1210؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطعة G، II، 21113، طلبات MONTANIER؛ D.S. 1989، صفحة 112، تعليق J.-P. BRILL؛ المجلة الاجتماعية، 1988، صفحة 398، تعليق H. SYNVERT. انظر في شأن الوعد بضمان مراقبة الغير الرقم 599 اللاحق.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1971، النشرة المدنية، III، رقم 653، صفحة 487؛ D. 1972، 86 من المورج، 8 تموز 1984، النشرة المدنية، III، رقم 382، صفحة 297؛ D. 1964، 560؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 112، رقم 4، ملاحظة J. CHEVALLIER، وصفحة 147، رقم 4، ملاحظة G. CORNU. - النقض المدني، 30 كانون الثاني =

كانت له السلطة أصلاً في العمل باسم الغير الذي يلتزم اعتباراً من إبرام العقد الذي تنوطد مفاعيله نهائياً⁽¹⁾.

ب - الطيعة القانونية للمصادقة.

595 - تقارن المصادقة أحياناً بإقرار عقد مصاب بالبطلان النسبي بيد أنه يجدر التنازل عما إذا كانت تشكل استثناء لمبدأ المفعول النسبي للعقد.

596 - المصادقة وإقرار عقد باطل.

ثمة معاملة للمصادقة بإقرار عقد باطل تشجع عليها صيغة المادة 1338 من القانون المدني⁽²⁾، تم الأخذ بها. واستتج بعض المؤلفين من ذلك أن المصادقة والإقرار ليس لهما مفعول رجعي تجاه الغير⁽³⁾.

على أنه يبدو، في أي عرضية كانت، أن الإقرار ليس مجرد رجوع الغير عن حقه في الطعن في العقد. إن الأمر يتعلق بالأحرى بإصلاح، أو بتعبير أدق بتسوية إرادية لها مفعولها تجاه الجميع. فالمصادقة تعيد بالفعل إلى العقد الركن الأساسي الذي لم يكن متوفراً، أي رضا أحد الفريقين.

= 1957، D.1957، صفحة 182؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1957، صفحة 682، رقم 4. ملاحظة H. et L. MAZBAUD، 22 كانون الثاني 1896، D.92، 1، صفحة 476 - 4 آذار 1891، D.P.1891، 1، صفحة 313 - 13 كانون الأول 1875، D.P.76، صفحة 97 - حكم غرفة المرافض 3 آب 1859، D.P.59، 1، صفحة 419.

(1) قبلت محكمة النقض، في حكم بتاريخ 8 تموز 1964 المذكور سابقاً، نتيجة فريدة إلى حد ما للمفعول الرجعي للمصادقة، كان مستشار قانوني قد باع عقار عديم الأهلية الذي وضع إلى جانبه وضمن مصادقة الغير على هذا البيع من المالك. وكان هذا المالك قد صاغ فعلاً على هذا البيع وطلب في الوقت عينه الفسخ لعله النهن. إلا أنه مر أكثر من ستين بين البيع الذي أجراه ضامن موافقة الغير والمصادقة، بحيث أن محكمة النقض رأت بأن دعوى الفسخ، بموجب المفعول الرجعي للمصادقة، قد مر الزمن عليها. وبالفعل لأن المهلة بدأت في السريان بتاريخ البيع فقد انقضت بتاريخ المصادقة. وكان هذا الحل موضع انتقاد بشدة من قبل السيد Cornu الذي لاحظ أن المصادقة على البيع الذي أجراه المستشار القانوني خارج سلطانه غطى تجاوز السلطة وليس النهن. ومن السلف، فضلاً عن ذلك، أن نرى عملاً، هو المصادقة، وللأسبب عينه، «بولد دعوى يزيلها بإرجاع نقطة انطلاق التقادم إلى الوراء وحيماً. وبالفعل لا يستطيع المالك المقاضاة للفسخ ما دام أنه لم يصادق على البيع، لأنه ليست له صفة المقاضاة لأنه ليس يائماً. إلا أنه ما إن يصادق على البيع، وبالمفعول الرجعي للفسخ، تكون دعواه بطلب الفسخ قد مر عليها الزمن. فالعمل نفسه إذاً أنشأ دعوى الفسخ وأزالها في الوقت عينه.

(2) اصل تأكيد بموجب أو المصادقة عليه.

(3) Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 343 ثلاثاً، صفحة 450 - G. BAUDRY - LACATNERIE et L. BARDE، المرجع عينه، الجزء XII، الطيعة الثالثة، 1906، رقم 142 - 1، صفحة 183 - J. CHEVALLIER، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تموز 1964، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 113، رقم 4. وجرت المقارنة بصورة أدق بين البيع الذي يجريه غير المالك بالوعد بفسان موافقة الغير ببيع شيء يخص الغير. وهذا البيع لا يعاقب إلا بالبطلان النسبي ويمكن أن يكون موضوع إقرار تكون مفاعيله ذات مفاعيل المصادقة.

بيد أن هذه المقارنة حتى المحددة على هذا النحو غير مقبولة. فالإعلان يعاقب الشذوذ في تكوين العقد. والحال أن المادة 1120 من القانون المدني تجيز صراحة الوعد بضمان موافقة الغير. والعقد المبرم باستخدام هذه الوسيلة متوافق مع القانون. ولا يتقصه سوى ركن جوهري: رضا الفريق الآخر⁽¹⁾. فالمصادقة التي بموجبها يأخذ الغير على عاتقه إدارة ضمان موافقة الغير هي بديلة عن الإرادة غير الفعالة لضمان موافقة الغير، إرادة الممثل، وتجعل العقد هكذا تاماً.

597 - المصادقة والمفعول النسبي للمعقود.

ثمة توافق على قبول أن الغير لا يلتزم إلا بمصادقته على العقد. وفي السابق لم يكن يتوجب أي شيء. فضامن موافقة الغير ملزم وحده بالحصول على هذه المصادقة. وجري الاستنتاج من ذلك أن المادة 1120 من القانون المدني صيغتها مشوبة بالعيب إذ قلعت الوعد بضمان موافقة الغير كاستثناء لمبدأ المفعول النسبي للمعقود⁽²⁾.

من الصحيح في الواقع أن المعقد في النهاية لا يمكن أن يجعل الغير مدينًا بدون موافقته. وبهذا المعنى ليس ثمة اعتناء على المفعول النسبي للاتفاقيات.

على أن صحة هذا الطرح، إذا أخذنا في الحسبان عامل الزمن، تتلشى على وجه الخصوص. إن الوعد بضمان موافقة الغير يتبع، عملياً، استباق رضا الغير المحسوب، الغائب أو عديم الأهلية. ينبغي إذاً، لكي تقوم الإلالية بدورها كاملاً، أن يكون للمعقد الأصلي بعض المفعول، تجاه الغير نفسه، قبل المصادقة، وإلاً لن يكون هناك سوى نوع من المعقد التمهيدي يحدد رضا الفريق الآخر حتى المصادقة، ولن يكون في ذلك مصلحة للفريق الآخر، إلا في النادر.

وندرك في هذه الأحوال أن الاجتهاد اعترف بالمفعول النسبي للمعقود طالما أن الغير يرى فعالية رضاه سابقة لتاريخ إبرام العقد⁽³⁾. ومن الصحيح مع ذلك أنه وافق عليه.

بيد أنه لا بد من الملاحظة أيضاً أن المفعول الرجعي للمصادقة يمكن أن يكون في شكل شرط فاسخ أو شرط معلق (أو موقف). فيكون من الأكثر توافقاً مع المفعول النسبي للاتفاقيات اعتبار أن العقد لا يمكن أن يكون له أي مفعول تجاه الغير حتى يوافق عليه. على

(1) يترق البيع مع وعد بضمان موافقة الغير من بيع شيء يخص الغير في أن هذا البيع الأخير يعمل البائع فيه لحسابه الخاص ويلتزم شخصياً بتنفيذ العقد. هناك إذا تبادل رضا حقيقي.

(2) انظر على وجه الخصوص E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, منشورات Sirey, 1937, ص 236.

(3) انظر J. CARBONNIER, *Droit civil* IV، المراجعات، الطبعة السادسة عشرة، الفقرة 123، صفحة 241. J. CHEVALLIER، ملاحظة على حكم الفقرة المدنية الأولى في محكمة النقض، B نموذ 1964، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 113، رقم 4. F. TERPRÉ, Ph. SIMLER et Y. L'EQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الخامسة، رقم 485، صفحة 375.

أنه يبدو أن العقد هو في الحقيقة فُتِلَ عدا إمكانية الغير في «رفض هذا التعهد»⁽¹⁾. وهذا الحل ضروري، عملياً، لإعطاء الوعد بضمان موافقة الغير لعاليتيه التامة. ولا شك في أن الفريقين لهما مصلحة في الإبرام الفوري للعقد. وإنما يتوخيان في أغلب الأحيان أكثر من ذلك. إنهما يتوخيان أن ينفلد بدون انتظار مصادقة يمكن أن لا تحصل إلا بعد مهلة طويلة لم يكونا، بحسب التعريف، قد أراداها.

والخطر يكمن هنا في الوعد بضمان موافقة الغير. فموقعاً العقد يتصرفان بين بعضهما، وتجاه الغير، كما لو أن العقد كان تاماً، في حين أن رفض مصادقة الغير يمكن أن يعيد النظر في كل شيء وبصورة رجعية. كل شيء يجري كما لو أن مصير العقد كان خاضعاً لشروط فامخ إرادي صرف.

II - عدم المصادقة على التعهد

598 - يمكن أن يكون رفض الغير صريحاً أو ناتجاً عن عمل إبداء إرادة في اعتبار العقد كأنه لم يكن، كدعوى الاسترداد التي تقام ضد مكتسب الملكية الحائز. وإذا تأخر الغير في اتخاذ قراره يمكن توجيه إنذار إليه⁽²⁾.

ومصادقة الغير يمكن أن تصبح مستحيلة، كوفاته مثلاً بدون ورثة قاصرين. ولعدم المصادقة مفاعيل مهمة بالنسبة إلى ضامن موافقة الغير وإلى العقد الأصلي.

599 - مفاعيل عدم المصادقة بالنسبة إلى ضامن موافقة الغير.

على ضامن موافقة الغير، وفقاً للمادة 1120 من القانون المدني، التعويض على الفريق الآخر إذا رفض الغير المصادقة على التعهد المتخذ باسمه⁽³⁾.

والأمر يتعلق بموجب نتيجة بحيث أن مهلة المصادقة تكفي لتحقق المسؤولية العقدية⁽⁴⁾. ويفترق الوعد بضمان موافقة الغير في ذلك عن التعهد بالمساعي الحميدة التي

(1) J. CHEVALLIER، المرجع عنه.

(2) انظر في هذا الاتجاه G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عنه، الجزء II، صفحة 235، رقم 624. وكذلك حكم غرفة المرافع، 6 كانون الثاني 1858، D.59، 1، صفحة 561، تعليق J.-E. LABBÉ - حكم محكمة استئناف بروج، 15 حزيران 1841، D.47، 2، صفحة 345.

(3) النفق المدني، 10 آذار 1954، النشرة المدنية، I، رقم 81، صفحة 76 - 3 تشرين الثاني 1955، D.1956، صفحة 70 من المزمز - حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 9 نيسان 1957، 1957، D.335 - حكم محكمة استئناف روان، 7 نيسان 1970، D.1970، صفحة 676، تعليق A. TROCHU، الذي أدان، في عقد بيع في صورة إيجار، المستاجر المستعمل الذي أجرى طلباته لمعدات تجهيز خاص بالكمبيوتر عن القيود الذي أصاب المانع بفعل رفض مصادقة شركة البيع في صورة إيجار التي تلفت فقط طلب تمويل.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 أيار 1976، المذكور آنفاً، وبمقتضاها بشكل عدم مصادقة المالكين على الشئ وتنتج ذلك خطأ ضامني موافقة الغير الذي يؤدي إلى نسخ عقد البيع.

يكون الواعد قد وعد فيها فقط بعمل ما في وسعه للحصول على مصادقة الغير⁽¹⁾.

وتتوخى مسؤولية ضامن موافقة الغير التعويض الاحتمالي عن العطل والضرر الذي يجب أن يحسب، تطبيقاً للمادة 1149 من القانون المدني، تبعاً للخسارة الواقعة وللربح الفائت⁽²⁾ ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ الضرر المتخصص عليه أو المتوقع عند إبرام العقد⁽³⁾. ويملك قضاء الأساس مع ذلك سلطة تقدير سيدة التعمين العناصر الصالحة لتحديد كمية التعويض⁽⁴⁾.

وبالمقابل، من المقبول عموماً أن الشريك في التعاقد لا يمكنه أن يجبره على أن ينفذ بنفسه العملية التي ضمن موافقة الغير عليها بصفة تعويض عيني⁽⁵⁾. وهذا ما اهتمت به محكمة النقض، في نهاية المطاف، إذ حكمت بأنه يتجمل من المادة 1120 من القانون المدني أن عدم تنفيذ الوعد بضامن موافقة الغير لا يمكن أن يعاقب إلا بإدانة فاعله بالعطل والضرر⁽⁶⁾.

وهذا التحليل المستوحى من المادة 1142 من القانون المدني⁽⁷⁾ التي تنص على أن موجب الفعل - الملتزم به ضامن موافقة الغير بالحصول على المصادقة على العقد - يُحلل بالعطل والضرر في حالة عدم تنفيذ المدين متنازع فيه. إن مجال هذه المادة مقلص اليوم فعلاً إلى فرضيات لموجب الفعل فيها طابع شخصي أي موجب يخشى أن يؤدي تنفيذه القسري إلى الاعتداء على الحرية المعتبرة جوهرية⁽⁸⁾. وليست الحالة على هذا النحو في ما يتعلق

- (1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 آذار 1978، المذكور سابقاً.
- (2) المادة 1149 من القانون المدني. انظر حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 9 نيسان 1957، D. 1957، 335.
- (3) المادة 1151 من القانون المدني. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 آذار 1954، النشرة المدنية I، رقم 91، صفحة 76.
- (4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 شباط 1966، النشرة المدنية I، رقم 143، صفحة 111.
- (5) E. FORTIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 32 - G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARBE، المرجع عينه، الجزء XII، رقم 143، صفحة 184 - Ch. BEUDANT، Cours de droit civil français، الجزء IX، الطبعة الثانية، 1953، تأليف G. LAGARDE، رقم 938 - M. PLANIOL et G. RIPERT، Traité pratique de droit civil، الجزء VI، الطبعة الثانية، 1952، تأليف P. ESMEIN، رقم 52، صفحة 58 وصيغة 59 - J. BOULANGER، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 71 ورقم 72.
- (6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1975، النشرة المدنية I، رقم 351، صفحة 289، D. 1976، 353، تعليق Ch. LARROUMET، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، الطبعة II، 18500، ملاحظة F. MONÉGER، فهرس Defrénois، 1976، رقم 31248، صفحة 1425، ملاحظة AUBERT، الجزء I، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1978، صفحة 575، رقم 4، ملاحظة CORNU، 1977، صفحة 117، رقم 3، ملاحظة Y. LOUSSOUARN. انظر أيضاً حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 كانون الثاني 1980، النشرة المدنية TV، رقم 16، صفحة 13 وحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الثاني 1977، النشرة المدنية I، رقم 12، صفحة 8.
- (7) M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الأولى، تأليف P. ESMEIN، رقم 52، صفحة 69، (الإسناد إلى المادة 1142 غير وارد في الطبعة الثانية).
- (8) المسؤولية، مقابليها، رقم 35، صفحة 48.

بالمصادقة على الوعد بضمان موافقة الغير، إذ على المحاكم أن تتمكن من أن تأمر، عندما يكون ذلك ممكناً، بتعويض عيني بإجبار الواعد بضمان موافقة الغير بتنفيذ العقد⁽¹⁾.

على أن تحليلاً أكثر عمقاً يدعو إلى التفكير في أن تعويضاً كهذا يصطدم باعتراض آخر مستخرج من طبيعة الموجب الملحق على عاتق ضامن موافقة الغير، ففي غياب المصادقة من الأكيد بالفعل أن الموجب الموعود به لن ينفذ. بيد أن الوعد المصادق عليه ليس تنفيذه أكيداً. والحكم بإدانة عينية على ضامن موافقة الغير يجبره على أن يضمن بصورة غير مباشرة هذا التنفيذ، في حين أن موضوع موجه لا يتناول مبدئياً إلا المصادقة على الوعد من قبل الغير الذي عليه فقط تأمين رضاه⁽²⁾.

وهكذا، باستبعاد التنفيذ القسري، يصبح من الممكن قبول أن غياب المصادقة يؤدي فقط إلى خسارة حظ بالنسبة إلى المستفيد في أن يرى الموجب منفذاً بشكل صحيح، إذ إن مقياس هذه الخسارة يتيح تحديد كمية التعويض عليه⁽³⁾. ولن يكون ثمة أي اعتراض على أن يطبق مبدأ التعويض هذا أينما كانت طبيعة الموجب الملحق على عاتق الغير، سواء أكان موضوعه دفع مبلغ من العملة أم لا.

ومسألة معروفة ما إذا كانت لضمان موافقة الغير الإمكانية في أن يُستبدل بالغير أخيراً لتجنب دفع التعويض منازع فيها. وهي في أي حال مستبعدة عندما يكون العقد قد أبرم بالنظر إلى شخص المتعاقد معه والعقد، بصورة عامة، يمكن دائماً أن يحوي موجب ضمان موافقة الغير أو إمكانيةه في أن يحل محل الغير⁽⁴⁾.

600 - مفاعيل عدم المصادقة بالنسبة إلى العقد الأصلي.

يتيح غياب المصادقة مفاعيل ماثلة لمفاعيل الإبطال. والتقديمات، على وجه الخصوص، إذا كان العقد قد تم تنفيذه، يجب أن تسترد⁽⁵⁾.

بيد أن الغير الذي لم يصادق على العقد يمكن أن يلاحق على أساس الفضول أو الإثراء غير المشروع أو بلا سبب إذا اجتمعت شروط ممارسة هاتين الدعويتين.

وغالباً ما يحصل أن يكون ضامن موافقة الغير قد التزم لحساب أحد ورثته. فإذا تلقى هذا الوريث التركة وقبلها، هل يكون ملزماً بالمصادقة على التمتع؟ المسألة منازع فيها. بعض

(1) انظر في هذا الاتجاه Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en en droit général*, الطبعة الثانية، الجزء I، رقم 224، صفحة 208.

(2) انظر M. STORCK، *مؤلف الاجتهاد المدني*، الكراسي 7 - 2، البند 1120 (1892) رقم 134.

(3) انظر في هذا الاتجاه G. TILLEMENT، المقالة المذكورة سابقاً رقم 21، صفحة 67 وما يليها.

(4) انظر E. FORTIS، المقالة المذكورة آنفاً رقم 12 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 6 تشرين الثاني 1970، النشرة المدنية III، رقم 591، صفحة 4331. - حكم غرفة المرافض، 27 تموز 1903، S. 1904، 1، صفحة 285، تعليق E. NAQUET.

(5) G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عنه الجزء II، صفحة 235، رقم 826.

المؤلفين⁽¹⁾ الذي يؤيده قسم من الاجتهاد يعتبر أنه لا يمكن أن يكون ملزماً إلا بالتعويض على الفريق الآخر، وبعضهم الآخر⁽²⁾، بدعم تيار اجتهادي آخر⁽³⁾، يرى على العكس أن الوريث ملزم بموجب الضمان الذي كان ملقى على عاتق مورثه وليس في وسعه إذا رفض المصادقة على العقد.

وفي الواقع يمكن لصالح هذا الحل بيان أن صفة وريث ضامن موافقة الغير هي التي غالباً ما تكون حافز الفريق الآخر، ولا سيما أن هذا الوريث ملزم بموجبات المورث نفسها وليس بإمكانه أن يرفض لنفسه المصادقة التي وعد بها عبر المورث. إلا أنه، من جهة أخرى، لا يمكن الأخذ بأن الغير يجب أن لا يكون مرتبطاً رغباً عنه⁽⁴⁾. ويبدو أن محكمة النقض أخذت بوجهة النظر الأخيرة هذه، عندما حكمت بأن عدم تنفيذ الورثة الوعد الذي قطعه مورثهم لا يجبرهم إلا بالعلل والضرر⁽⁵⁾، مما يستبعد أي تعريض عتي⁽⁶⁾.

على أنه يقتضي التحفظ لجهة الحالة التي يكون الوريث، فضلاً عن ذلك، ملزماً فيها بموجب الضمان. والأمر كذلك في ما يتعلق بوعد بضمان موافقة الغير المتعلق ببيع عقار يملكه المورث والوريث على الشيوع: يلزم الوريث بصفته بائعاً بموجب الضمان ضد نزاع اليد بالنسبة إلى الشاري، فليس في وسعه نزاع يده برفض المصادقة على الوعد بصفته غيراً⁽⁷⁾.

(1) انظر Ch. LARROUMET، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الثاني 1976، المذكور آنفاً - E. FORTIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 37 ورقم 38.

(2) انظر M. POULNAIS، La transmission aux héritiers de certaines obligations du mort، 1991، البند 60407، ولا سيما صفحة 1093. J.-L. AUBERT، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1975، المذكور سابقاً.

(3) انظر النقض المدني، 28 كانون الأول 1926، المذكور سابقاً - 28 حزيران 1859، D.P.59، 1، صفحة 299.

(4) E. FORTIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 38.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1975، المذكور سابقاً.

(6) انظر في اتجاه التعويض العيني، Ch. BEUDANT، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE، رقم 939، صفحة 39 - G. RIFERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، رقم 627، صفحة 235، انظر الرقم 599 اللاحق.

(7) النقض المدني، 28 حزيران 1859، D.P. 59، 1، صفحة 299 - 28 كانون الأول 1926، D.1930، 1، صفحة 73، تعليق G. PEYRAD - H. LALOU، 11 آذار 1980، D.1981، 617، Ch. LARROUMET، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1975، المذكور سابقاً - B. STARCK، Obligations، 2، العقد، الطبعة الثالثة، تأليف F. TERRÉ، Ph. SIMLER et - 585، صفحة 1363، رقم H. ROLAND et R. BOYER، Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 485، صفحة 374 - M. VÉRICEL، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 126.

القسم 3

الاشتراط لصالح الغير (أو التعاقد لمصلحة الغير)

601 - تعريف وتفریق بالنسبة إلى مفاهيم قريبة.

الاشتراط لصالح الغير⁽¹⁾ عملية ثلاثية الأشخاص⁽²⁾ يتفق فيها أحد الفرقاء، المسمى مشترطاً، مع فريق ثان، يسمى واحداً، على أن يقوم هذا الفريق الثاني بتقديم ما لصالح شخص ثالث يسمى الغير المستفيد.

وهدف هذه العملية إنشاء حق لصالح شخص أجنبي عن العقد الصادر عنه هذا الحق⁽³⁾. ويظهر بذلك استثناء لمبدأ المفعول النسبي للعقود المنصوص عليه في المادة 1165 من القانون المدني وبمقتضاها: «ليس للاتفاقيات مفعول إلا بين الفريقين المتعاقدين» وهي لا تضر بالغير على الإطلاق ولا تقيده إلا في الحالة المبينة في المادة 1121.

(1) J. GHESTIN, M. BILLIAU et C. JAMIN, La stipulation pour autrui, in Les effets du contrat à trois, L'Égard des tiers, حلقات دراسة القانون المقارن الفرنسي البلجيكي، منشورات L.G.D.J، 1992، صفحة 380 وما يليها - J. FRANÇOIS, Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui et délégation de créance)، أطروحة في باريس II، طبع على الآلة الكاتبة، 1994.

(2) انظر حول هذا المفهوم، Ch. LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في بوردو، طبع على الآلة الكاتبة، 1988، الذي يعطي التعريف التالي: «عملية ناتجة عن اتفاقية وحيدة تستبعد أي تمثيل لواحد من الأشخاص أصحاب العلاقة بواحد من الشخصين الآخرين وذلك أيضاً في أونة إبرامها وفي مقابيلها، تقتصر تمدد العلاقات القانونية بين الأشخاص الثلاثة وتشابكها، هذه هي العناصر المميزة للعملية القانونية الثلاثية للأشخاص» (رقم 11، صفحة 22). انظر أيضاً رقم 138، صفحة 316.

(3) يملك الغير المستفيد هكذا بعض مفاعيل العقد، بدون أن يكتسب أي صفة كطرف، J. L. AYNÈS، Obligations، الطبعة السابعة عشرة، 1993، الفقرة 124، صفحة 242 - L. AYNÈS، La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في عام 1984، منشورات Economica مقدمة Ph. MALAURIE، رقم 169، صفحة 125 ورقم 179، صفحة 130. انظر أيضاً 636 لاحق وما يليه.

وثمة إوليات أخرى لها أيضاً مفعول إنشاء حق لصالح الغير ومنها الدعوى المباشرة⁽¹⁾ والإنابة في الدين (له)، ومن هنا خشية الالتباس. على أن ثمة فوارق تمنع أي مماثلة.

فالتفريق عن الإنابة في الدين (له) المنصوص عليه في المادة 1275 من القانون المدني، دقيق، بداية، بصورة خاصة. فالمُناب، كما في الاشتراط لصالح الغير، هو غير يملك حقاً جديداً ومباشراً تجاه فريق في العقد هو المُناب لديه⁽²⁾. يضاف إلى ذلك أن الإنابة والاشتراط ينشآن عقداً. والقرب بين هاتين التقنيتين هو إلى درجة غالباً ما يحمل الممارسة والمحاكم على الالتباس بينهما⁽³⁾. حتى أنه جرى الأخذ بأن الإنابة يمتصها الاشتراط لصالح الغير⁽⁴⁾. فإنابة، حسب صيغة حكم قديم، «يحتويها الاشتراط لصالح الغير»⁽⁵⁾ غير أنه ليس من الممكن جهل وجود فوارق مهمة في الأنظمة. فالإنابة، في المقام الأول، هي اتفاقية تستوجب بالضرورة الرضا الثلاثي للمُناب والمُناب لديه والمُناب⁽⁶⁾. فالمُناب إذاً فريق في العقد الذي ينشأ له حقه، في حين أن رضا الغير في الاشتراط لصالحه ليس شرطاً لصحة الاشتراط الذي يتدخل فقط بين المشتراط والواعد⁽⁷⁾. والإنابة في هذه الرؤية لا تظهر في الحقيقة كامنشاء لقاعدة المفعول النسبي للمعقود، ثم إن الأمر لا يتعلق إلاً بنتيجة المبدأ السابق، فحق الاستفادة ينشأ قبل قبوله⁽⁸⁾ بخلاف الإنابة⁽⁹⁾. وأضاف أحد المؤلفين أن الواعد بإمكانه أن يحتج في وجه الاستفادة بأسباب نسيخ البطلان والدفع المستخرجة من علاقاته

(1) انظر الرقم 739 اللاحق.

(2) انظر M. BILLIAU, La délégation de créance (essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations, أطروحة في باريس، منشورات L.G.D.J، 1989، مقدمة J. CHESTIN، رقم 113 وما يليه، صفحة 115 وما يليها.

(3) انظر: H.-L. J. MAZBAUD, Obligations، الطبعة الثامنة، تأليف CHABAS رقم 1251. Ph. SIMLER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1274 إلى 1281، الكراسة IV، رقم 57.

(4) إنه الرأي الصادر عن Lambert في ما يتعلق بالإنابة غير التامة في La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس 1893، الفقرة 214، صفحة 233.

(5) حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 24 تموز 1889، 1892، 2، نعاين GARSONNET.

(6) M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 164، وما يليه، صفحة 166، وما يليها، حول ضرورة قبول المُناب؛ رقم 92، صفحة 96 وصفحة 97، حول قبول المُناب. HUBERT، Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français، رقم 126، صفحة 92 وصفحة 93. Ch. SIMLER، المذكور سابقاً، رقم 79 وما يليه. H.-L. J. MAZBAUD، المذكور سابقاً، رقم 1240 ورسم 1249. PLANIOL et RIPERT، Traité de droit civil، الجزء VII، تأليف P. ESMEIN، RADOUANT et G. GABOLDE، رقم 1273، صفحة 677.

(7) انظر الرقم 619 اللاحق.

(8) انظر الرقم 619 اللاحق.

(9) H. HUBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 133، صفحة 96. H.-L. J. MAZBAUD، المذكوران سابقاً، رقم 1251. MALAURIE et AYNES، Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 1258، صفحة 743. STARCK، Obligations، الطبعة الرابعة، 1992، المجلد VII، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 87. Ph. SIMLER، المذكور سابقاً، رقم 58.

بالمشروط، وهذا ما ليس في وسع المناب لديه فعله⁽¹⁾. وهذا التأكيد يقتضي بيان فروقاته ذلك بأنه جرى بيان أن المناب لديه بإمكانه الاحتجاج في وجه المناب بالدفع الملازمة لحقه⁽²⁾. ولهايتين الإرالتيتين أخيراً وظائف مختلفة: ليس الاشتراط لصالح الغير، على عكس الإنابة، تقنية مستقلة لانقضاء الموجبات⁽³⁾.

602 - التطور.

لم يضع القانون الروماني نظرية عامة للاشتراط لصالح الغير طالما أنه يحظرها من حيث المبدأ. والقانون القديم، الأقل صحتاً، جهد في استبعاد هذا المنع. أما القانون المدني فقد استعاد، كما يبدو، الحلول التي أعطاها Pothier ولم يُعترف بالاشتراط لصالح الغير ويتعممه إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر. وهكذا يتم التطور الذي من المناسب رسمه بقبول واسع أكثر فأكثر للاشتراط لصالح الغير.

603 - كان القانون الروماني يحظر الاشتراط لصالح الغير.

كانت القاعدة «لا يستطيع أحد الاشتراط لصالح الغير *alteri stipulari potest*، مزدوجة التوقيع⁽⁴⁾. فمبدأ شخصية العقود كان يتعارض مع أن يتمكن الغير من اكتساب حق بدون أن يكون هو نفسه متعاقداً⁽⁵⁾، من جهة أولى، وعدم فعالية الاشتراط لصالح الغير بين المشروط والواعد، من جهة ثانية، كان مسوّغاً بعدم وجود مصلحة المشروط⁽⁶⁾ الذي لا يتلقى أي نفع بالعملة طالما أنه اشترط لصالح الغير وليس لنفسه. ولا يمكن بالتالي الاعتراف له بأي دعوى.

بيد أن القاعدة لا يستطيع أحد الاشتراط لصالح الغير لم تكن في الحقيقة مزمجة حقاً. كان تنظيم الأسرة يقود بالفعل إلى شكل من الاشتراط لصالح الغير إلى حد كبير. فرأس الأسرة في القانون الروماني والأشخاص الموضوعون تحت سلطته، أولاد الأسرة والأرقاء، الخ، لم يكونوا يشكلون سوى أهل واحد للحق. ونتج عن ذلك أن الاشتراط الذي يجبره رأس الأسرة لصالح شخص خاضع له كان صحيحاً وبالعكس. وهذا التمثيل المتبادل كان مفعوله إضفاء الصحة على جميع الاشتراطات التي يقوم بها أحد أفراد الخلية العائلية لصالح آخر⁽⁷⁾.

(1) Ph. SIMLER، المذكور سابقاً، رقم 59.

(2) M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 296 وما يليه.

(3) Ph. SIMLER، المذكور سابقاً، رقم 60 - M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 28، صفحة 39 ووصفحة 40. وعلى نفيس ذلك DEMOGUE، Obligations، الجزء VII، رقم 854، صفحة 222، والتعليقات 2 و3 و4. وكذلك الرقم 667 اللاحق وما يليه.

(4) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، 1893، القانون الروماني، الفقرة 1 وما يليها - FLATTET، Les contrats pour le compte d'autrui، أطروحة في باريس، 1950، رقم 107 وما يليه، صفحة 140 وما يليها - CHAMPEAU، La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس، 1893، القانون الروماني.

(5) LAMBERT، المذكور سابقاً، الفقرة 3، صفحة 4 - CHAMPEAU، الأطروحة السالفة الذكر، الصفحة 68 وما يليها.

(6) PETIT، Traité élémentaire de droit romain، الطبعة الخامسة، رقم 304، صفحة 313 ووصفحة 314.

(7) LAMBERT، المذكور سابقاً، الفقرة 4، صفحة 11 - PETIT، المرجع عينه - CHAMPEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 12 ووصفحة 66، ولا سيما صفحة 75 وما يليها.

يضاف إلى ذلك أن المحظر كان مخففاً جزئياً بأساليب مختلفة كان مجالها مهماً جداً عملياً . وقد توصلت الممارسة الرومانية عن طريق شخص ثالث يسمى في العقد ويجاز للمدين أن يدفع له ما يتوجب للدائن *Adjectus solutionis gratia* إلى تحويل القاعدة لا يستطيع أحد الاشتراط لصالح الغير، وكانت قاعدة *adjectus...* في الأصل وسيلة دفع كان شخص ثالث مؤهلاً بموجبه لتلقي القديم . وكان الشخص الثالث في وضع وكيل المشتري الذي بإمكانه تلقي الدفع باسمه، وإنما ليس له فرصة⁽¹⁾ . على أن المشتري، حتى ولو لم يكن شخصاً ثالثاً حائز حق خاص ضد الواعد، لم تكن له إمكانية الرجوع⁽²⁾ . وقواعد الوكالة وحدها كانت تلطف قابلية الرجوع هذه⁽³⁾ . ومجال قاعدة الشخص الثالث كان، على ما يبدو، أكثر امتداداً من مجال مجرد نمط الدفع . ويمكن أيضاً استخدامه لتحقيق تبرع أو عقد معاوضة⁽⁴⁾ .

وكان القانون الروماني يستخدم أيضاً نظرية *mandatum aliena gratia*⁽⁵⁾ . كان الأمر يتعلق بوكالة معقودة لمصلحة الغير الحاضرة بين المشتري والواعد، باعتبار الأول وكيلًا . وبخلاف المؤسسة السابقة «لا يختصم الغير إطلاقاً خلف المشتري، كان يظهر كنجم، كالحقيقي، كالمستفيد الوحيد من العقد»⁽⁶⁾ .

غير أن القانون الروماني كان يرفض دعوى التنفيذ الجبري ضد الواعد، حتى ولو كان حائز حق، بخلاف قاعدة *adjectus solutionis gratia*⁽⁷⁾ . وكان المشتري فضلاً عن ذلك، بإمكانه الرجوع لاحقاً عن الوكالة من جانب واحد، إلا أن يقبل، بمقتضى تطور طويل، ضرورة رضا الواعد⁽⁸⁾ .

ويورد Lambert، إلى جانب هاتين الإلبيتين، التسخير المستخدم لإعطاء المستفيد دعوى بإضفاء صفة التعاقد عليه وهماً⁽⁹⁾ .

ويشهد مؤلفون آخرون أيضاً باستخدام البند الجزائي *Stipulatio poenae*، سلف بنديا الجزائي، كتطريف لتحفيز الاشتراط لصالح الغير⁽¹⁰⁾ . كان أحد الأشخاص يتعهد تجاه

(1) LAMBERT المذكور سابقاً، الفقرة 23 والفقرة 24، صفحة 33 وما يليها.

(2) LAMBERT السابق الذكر، صفحة 35 وصفحة 38 - CHAMPEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 49.

(3) LAMBERT، الفقرة 27، صفحة 36.

(4) LAMBERT المذكور سابقاً الفقرة 15 والفقرة 16، صفحة 24 وما يليها.

(5) LAMBERT، المذكور سابقاً، الفقرة 30، صفحة 41.

(6) LAMBERT المذكور سابقاً، الفقرة 41، صفحة 50.

(7) LAMBERT المذكور سابقاً، الفقرة 43، رقم 51.

(8) LAMBERT المذكور سابقاً، الفقرة 46، صفحة 59.

(9) المذكور سابقاً، الفقرة 49 وما يليها، صفحة 60 وما يليها.

(10) F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Obligations*, الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، رقم 488، صفحة 376 - H.-L.J. MAZBAUD - المذكوران سابقاً، رقم 770 - CHAMPEAU، الأطروحة الأتفة الذكر، صفحة 15 وما يليها.

شخص آخر بالقيام بالدفع لصالح شخص ثالث. وكان هذا الموجب يعاقب بعقوبة مدنية في شكل عطل وضرر يلتزم المواعيد بتسديدها للمشتري إذا لم يسدد المبلغ المتصوص عليه للغير المستفيد. بيد أن الغير، بخلاف اشتراطنا لصالح الغير، لم تكن له دعوى مباشرة على الإطلاق ضد المواعيد.

والشركات أخيراً كانت معروفة في القانون الروماني مع أعباء مفروضة على الموصى له لصالح الغير. ثم اعترف القانون الروماني، بعد أن أخذ بهذه الإلالية بدون صعوبة، بالهبة بين الأحياء مع أعباء *Donatus sub modo*⁽¹⁾. وفي نهاية القانون الروماني تم الاعتراف للمستفيد من هذا العيب بدعوى مفيدة ضد الموهوب له الواعيد⁽²⁾.

ومع أن الممارسة الرومانية جهدت في تحويل القاعدة لا يستطيع أحد الاشتراط لصالح الغير، فقد بقي المبدأ بدون المساس به تقريباً⁽³⁾. ولم يحافظ عليه القانون القديم في صلابته كلها.

604 - بمقتضى تطور متردد كان القانون القديم يضيف النسخة على بعض الاشتراطات لصالح الغير.

كان مؤلفونا القدامى قد حافظوا على القاعدة «لا أحد يستطيع الاشتراط لصالح الغير» في الحالة التي كانت عليها في القانون الروماني. ويبدو أن ملطقات القانون الروماني أصبحت منسية في زمن أول⁽⁴⁾. وبطلان المبدأ بقي مبنياً على غياب مصلحة المشتري في تنفيذ الاشتراط⁽⁵⁾. إلا أنه تم، بدفع من الشارحين، قبول أن الاشتراط لصالح الغير كان صحيحاً كلما كان شرطاً للدفع الذي أجراه المشتري⁽⁶⁾. وكان *Furgole* يدرّس أيضاً أنه «يمكن بشكل صحيح الاشتراط في فرنسا لصالح الغير أو اكتساب الملكية لصالح الغير بصفة وكيل أو بدون هذه الصفة»⁽⁷⁾. وهكذا جرى إفراغ المبدأ الروماني من أي مدى.

(1) LAMBERT المذكور آنفاً، الفقرة 67 وما يليها، صفحة 82 وما يليها، والفقرة 122، صفحة 131 - CHAMPEAU المذكور سابقاً، صفحة 166 وما يليها.

(2) LAMBERT المذكور آنفاً، الفقرة 81 وما يليها، صفحة 85 وما يليها - FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 31، صفحة 37.

(3) CHAMPEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 181 وما يليها.

(4) انظر FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 107، صفحة 140. انظر مع ذلك H-L.J. MAZEAUD، الموجبات، الجزء II، المجلد 1، رقم 771، اللذين يلاحظان ميلاً واضحاً لاستبعاد القاعدة الرومانية، على الأقل على توسيع الاستثناءات التي سبق قولها في روما.

(5) FLATTET، المرجع عنه - POTHIER، الموجبات، رقم 64.

(6) LAMBERT، المذكور سابقاً، الفقرة 238، والفقرة 239، صفحة 243 وما يليها. وكذلك H-L.J. MAZEAUD، الموجبات، رقم 771. وعلى نقبض ذلك: CHAMPEAU، الأطروحة المذكورة آنفاً، القانون الفرنسي، صفحة 3 وما يليها.

(7) استشهد به DEMOGUE في Obligations، الجزء VII، رقم 761، صفحة 124.

وكان له نفوذ جزئي بتأثير Pothier⁽⁴¹⁾. فقد تبني، مستوحياً حلول القانون الروماني، مبدأ بطلان الاشتراطات لصالح الغير الذي سوّغه بغياب مصلحة المشتري⁽⁴²⁾. فليس الاشتراط صحيحاً إلاّ أن تكون للمشتري مصلحة نقدية وتنفذ في المجال لدعوى المشتري ضد الواعد. على أن الغير المستفيد كان دائماً محروماً من الدعوى.

وكان يضيفي الصحة عليه أيضاً عندما تكون شرطاً لاشتراط شخصي لصالح المشتري⁽⁴³⁾. كانت «مصلحة المشترك إذاً أكيدة». كان يكفي، كما في القانون الروماني، إضافة بند جزائي (stipulatio poenae) على الاشتراط الأصلي لتكون العملية شرعية. بيد أن الغير المستفيد، في عرف Pothier، لم يكن يملك دعوى مباشرة ضد الواعد.

وأخذ أخيراً باستثناء ثالث وارد في القانون الروماني. كان الاشتراط صحيحاً عندما يجري إدخاله في هبة مع أعباء (Donatio sub modo)⁽⁴⁴⁾. وكان، في هذه الحالة وحسب، يعترف للغير بدعوى مباشرة ضد الواعد⁽⁴⁵⁾.

ويبدو أن واضعي مدونة القانون المدني استعادوا مذهب Pothier⁽⁴⁶⁾.

605 - تلقت مدونة القانون المدني حلول القانون القديم.

حسب المادة 1119 منها «لا يمكن عموماً الالتزام والاشتراط بالاسم الشخصي الخاص للمات». وقد لظف واضعو المدونة صلاية هذا المبدأ بعد أن طرحوه، بتبني الاستثناءات التي اعترف بها Pothier.

فقد نصت المادة 1121 من المدونة على ما يلي: «يمكن جزئياً، الاشتراط لصالح

(1) انظر DEMOGUE، المرجع عنه، رقم 761 ورقم 762، صفحة 123 وصفحة 124، الذي يرى أن الأمر يتعلق بتفكير في تطور نظرية الاشتراط لصالح الغير.

(2) Obligations، رقم 54. كان يقبل مع ذلك أن الاشتراط الباطل لغياب مصلحة المشتري يولد موجبة طبعياً (رقم 55).

(3) Obligations، رقم 70.

(4) Obligations، رقم 71.

(5) Obligations، رقم 72.

(6) انظر P. PLANIOL et G. RIPERT، Traité élémentaire de droit civil، الجزء II، الطبعة الثالثة، 1949، بالتعاون مع BOULANGER، رقم 630، صفحة 219 - CHAMPEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 16 وما يليها - DEMOGUE، Obligations، الجزء VII، رقم 762. ويرى Lambert أن واضعي المدونة استعادوا مجمل حلول القانون القديم بإعفاء الصحة عموماً على الاشتراط لصالح الغير: تنص المادة 1121 الصحة على الاشتراط لصالح الغير؛ والمادة 1119 تحظر التمتع من طريق إعلان الإرادة الأحادي الجانب؛ (الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 10 صفحة 10). انظر بالنسبة إلى رأي أكثر قابلية للتأويل R.-L.-J. MAZEAUD، المذكورين سابقاً واللذان يشاءان حول مسألة معرفة ما إذا كان واضعو المدونة توخوا استعادة حلول Pothier والقانون القديم بلا قيد أو شرط أو أنهم هادوا إلى المفهوم الروماني الأولي.

الغير عندما يكون شرطاً لاشتراط يجري لصالح الذات أو شرطاً لجهة تُقدّم إلى الآخرين. ومن قام بهذا الاشتراط لا يسعه الرجوع عنه إذا أعلن الغير عن إرادته في الاستفادة منه⁽¹⁾.

كان الاشتراط لصالح الغير إذا مقبولاً فقط بصفة استثنائية. فالمادة 1165 تؤكد هذا التحليل طالما أنها تنص على أن «الاتفاقيات لا مفعول لها إلا بين الفريقين المتعاقدين؛ وهي لا تضر بالغير، ولا تنفيذهم إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121». إن هذا المفهوم يتسم بالطبع بالفردانية السائدة في تلك الحقبة.

وانتجه التطور اللاحق نحو التوسيع إذ إن الاستثناء امتص المبدأ تدريجاً.

606 - التطور اللاحق للقانون المدني متمم بالاعتراف بصحة مبدأ الاشتراط.

بقي الاشتراط إبان النصف الأول من القرن التاسع عشر غائباً عن الحكام تقريباً⁽²⁾. ولم يتح للاجتهاد النظر في المسائل المتعلقة بالاشتراط إلا نحو عام 1860⁽³⁾، فأتى عملاً خلافاً إذ أضفى الصحة بصورة شبه منهجية على جميع الاشتراطات لصالح الغير ولم يفرض إطلاقاً أن تكون تابعة لاشتراط أصلي. وكان التأمين على الحياة معرّك هذا التطور⁽⁴⁾.

ففي حكم مبدئي صدر في 16 كانون الثاني 1888⁽⁵⁾، حكمت محكمة النقض «بأن الإفادة من التأمين يمكن، من جهة أولى، في بعض الاحتمالات، أن تعود إلى المشرط، وأن الفائدة المعنوية الناتجة عن المنافع المعطاة لأشخاص معينين تكفي، علاوة على ذلك، لتكوين مصلحة شخصية في العقد، أن المشرط، من جهة ثانية، يلتزم بأن يسدّد لشركة التأمين علاوات سنوية، بحيث أنه من المستحيل، في أي وجهة نظر تم اعتمادها، الأخذ بأن المشرط لا يشترط نفسه، وبالتالي فإن المادة 1121 ليست مطبقة»⁽⁶⁾.

يكفي إذ أن يكون للمشرط مصلحة في العملية، ولا أهمية تذكر للمصلحة المادية⁽⁷⁾.

(1) انظر P. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, الجزء II، الطبعة الثالثة، 1949، بالتعاون مع J. BOULANGER، رقم 631، صفحة 219.

(2) انظر DEMOGUE, *Obligations*، الجزء VII، رقم 762 وما يليه، صفحة 124 وما يليها.

(3) PICARD et BESSON, *Traité des assurances terrestres*، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، 1962، تأليف A. BESSON، رقم 501، صفحة 784. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، الموجبات، رقم 491، صفحة 378 وصفحة 379. FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 114، صفحة 150. PICARD, *La stipulation pour autrui et ses principales applications*، أعمال رابطة H. Capitant، الجزء VII، 1952، صفحة 267 وما يليها.

(4) D.P.88، 77، S.88، 1، تعليقات T.C.

(5) أيد المشرع هذا الحل صراحة في قانون 13 تموز 1930 المتعلق بعقد التأمين (وهو اليوم المادة L.8-132 من قانون التأمين).

(6) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 آذار 1966، النشرة المدنية، III، رقم 145، صفحة 114. حكم محكمة استئناف باريس، 12 كانون الثاني 1984، D.1984، صفحة 121 من التقرير.

أو معنوية بحث. وبعبارة أخرى ما أن تكون هذه المصلحة موجودة حتى يكون الاشتراط لصالح الغير صحيحاً، بدون أن تكون ثمة حاجة إلى أن يكون المشرط قد تعاقد أيضاً لنفسه. ونذكر من هذه الشروط أن القاعدة لا يستطيع أحد أن يشترط لصالح الغير قد اختلفت كلياً⁽¹⁾، وقد حل محلها المبدأ المعاكس، مبدأ صحة الاشرطات لصالح الغير⁽²⁾.

وهذا الاستبدال المبدئي نجد في توسيع ضخم لمجال الاشتراط لصالح الغير.

607 - المجال الحالي للاشتراط لصالح الغير.

إن الاشتراط منفرد بشكل عام للتطبيق في جميع العقود القابلة لأن تهتم بعض الغير مباشرة، وعلى وجه العموم في اتفاقيات المشرط أو ذوي قرباء⁽³⁾. وهكذا جرى الاعتراف في عقد نقل البضائع بوجود اشتراط لصالح المرسل إليه يتيح له ممارسة دعوى مباشرة ضد الناقل⁽⁴⁾. كما أن ذوي قرى المسافرين، في عقد نقل الأشخاص، تم الاعتراف لهم بالإفادة من اشتراط لصالح الغير⁽⁵⁾.

إن مجال المؤسسة تجاوز أيضاً القانون الخاص ليغطي بعض قطاعات القانون العام⁽⁶⁾. فالمستفيد من الاشتراط يمكن أن يكون بدون تمييز جماعة عمومية أو أحد الأفراد⁽⁷⁾.

(1) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 نيسان 1967، النشرة المدنية، I، رقم 125، صفحة 91 - MARTY et RAYNAUD, Obligations, الجزء I، المصاير، الطبعة الثانية، 1988، رقم 283 - B. STARCK, Obligations, المجلد 2، الطبعة الرابعة، 1993، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1309 - LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 9، صفحة 9 - CHAMBELLAN, L'intérêt moral et les stipulations pour autrui، أطروحة في باريس، 1919، على أنه جرت المنازعة حول أن تكون المصلحة المعنوية الصرف كافية لإضفاء الصحة على اشتراط لصالح الغير، قارن بـ PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 353، صفحة 455. بيد أنه تبقى، حسب هذين المؤلفين، وسيلة لإضفاء الصحة على الاشتراط لصالح الغير تركز على اشتراط بند جزائي، كما في القانون الروماني (بالمعنى عنه، F. TERRÉ، Obligations، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، رقم 481، صفحة 379). كان استخدام البند الجزائي لإضفاء الصحة على اشتراط لصالح الغير المجرد من المصلحة موضع انتقاد. فالأمر لا يتعلق إلا بحيلة متناقضة مع الطبيعة القانونية للبند الجزائي. ويكون تابعاً للموجب الأصلي لا يمكن أن يكون مفعوله إضفاء الصحة على بند أصلي باطل طالما أن صحته ذاتها تتوقف عليه (FLATTIET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 111، صفحة 147).

(2) انظر B. STARCK, Obligations، الطبعة الرابعة، المجلد 2، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1310. قارن بـ Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 147، صفحة 336.

(3) FLOUR et AUBERT, Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 464.

(4) هكذا لا يظهر الغير المستفيد كثير من نوع خاص في الحقيقة. انظر الرزم 652 وما يليه.

(5) انظر G. VINEY, La responsabilité: conditions، رقم 188، صفحة 221.

(6) المرجع عنه.

(7) انظر A. DE LAUBADERE، Les contrats administratifs، الجزء I، 1983، تأليف P. MODERNE et P. DELVOLVE، رقم 784 وما يليه، صفحة 787 وما يليها.

(8) انظر A. DE LAUBADERE، المذكور سابقاً، رقم 790، صفحة 791.

فشروط صفقات الأشغال العامة على سبيل المثال التي تفرض على المتعهد بعض الموجبات لصالح مستغلميه لتحلل كاشتراطات موضوعة لمصلحتهم⁽¹⁾. إن القانون العام، كقاعدة عامة، يطبق بلا قيد أو شرط قواعد القانون الخاص⁽²⁾.

وسوف نتفحص على التوالي نظام الاشتراط لصالح الغير وطبيعته وتطبيقه.

(1) انظر A. DE LAUBADERE المذكور سابقاً، رقم 781، صفحة 793. La. DESWARTES. JULIEN، *stipulation pour autrui en droit administratif*، أطروحة في باريس، 1970، صفحة 50 وما يليها.

(2) انظر A. DE LAUBADERE المذكور سابقاً، رقم 790 مكرر، صفحة 792، على أنه ينبغي بيان أن القانون الإداري، خلافاً للقانون الخاص، يقبل وجود رجوع الغير على المشروط (انظر DESWARTES- JULIEN، المرجع عنه، صفحة 53). لا يقبل القانون المدني رجوعاً كهذا، هذا وجرد تعهد المشروط تجاه المستفيد، انظر الرقم 640 اللاحق.

القسم الفرعي 1

نظام الاشتراط لصالح الغير

608 - بعد أن تمحصنا شروط الاشتراط لصالح الغير ينبغي تحليل مفاعيله.

الفقرة 1 - شروط الاشتراط لصالح الغير

609 - إذا كان الاجتهاد قد استبعد الطابع التابع للاشتراط كشرط لصحته فقد استمر في تطلب اشتراطات أخرى تعود لعلاقات المشتراط والواعد في ما يختص بشخص الغير المستفيد.

I - الشروط المتعلقة بعلاقات المشتراط بالواعد

610 - يفترض الاشتراط لصالح الغير أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية في العملية وأن يكون الواعد ملتزماً تجاه المستفيد بموجب العقد المبرم مع المشتراط.

أ - مصلحة المشتراط.

611 - زوال الطابع التابع للاشتراط لصالح الغير واستبدال مفهوم مصلحة المشتراط به⁽¹⁾.

لم يعد الطابع التابع للاشتراط لصالح الغير اليوم شرطاً لصحته⁽²⁾. فقد حل محله تطلب مصلحة في شخص المشتراط.

(1) انظر حول مفهوم المصلحة في القانون المغاربي في القانون الفرنسي، italien et de la république arabe unie stipulation pour autrui en droit français, OMARAN, 1966، صفحة 168 وما يليها. يلاحظ المؤلف أن القانون المدني الإيطالي يرجع إلى مفهوم مصلحة المشتراط - لا مصلحة الواعد - (المادة 1141 من القانون المدني الإيطالي). غير أن هذا المفهوم أصلي. ولا يمكن أن يكتسب مع المصلحة التي تتطلبها صحة أي موجب طالما أن الدائن ليس المشتراط وإنما المستفيد، في حين أن المادة 1174 من القانون المدني الإيطالي تستبعد فقط مصلحة الدائن. ويستنتج المؤلف من ذلك أن الاشتراط، في حال عدم وجود مصلحة لإنشاء حق في ذمة الغير المالية، يكون باطلاً بالنسبة إلى المستفيد، وإنما هو صحيح بالنسبة إلى المشتراط الذي يجني الفائدة (صفحة 175). ويبدو، حسب المؤلف، أن غياب المصلحة الخاصة، بمفهوم الاشتراط لصالح الغير، لا يؤدي كلاً إلى غياب المصلحة بمعنى المادة 1174 من القانون المدني الإيطالي. ويتميز آخر لا يفترض غياب مصلحة المشتراط في إنشاء حق لصالح الغير غياب المصلحة في تنفيذ الموجب لفائدة الحاضرة.

(2) انظر الرقم 606 السابق.

غير أنه جرت المنازعة في أن تكون مصلحة المشتري شرطاً حقيقياً للاشتراط لصالح الغير⁽¹⁾. فهذه المصلحة يتم إدخالها بالفعل في عمل إرادته طالما أنه «لا يمكن أن تكون ثمة إرادة بدون مصلحة وبالتالي يلبس غياب المصلحة بدون قيد أو شرط مع غياب الإرادة»⁽²⁾. ومصلحة المشتري، فضلاً عن ذلك، تشكل مجرد دافع يلبس مع السبب⁽³⁾. وبالتالي ينبغي أن لا يأخذ القانون الموضوعي في الحسبان. فوجود مصلحة المشتري إذاً لا مشكلة فيه، لكون هذه المشكلة «مفترضة بما لا يقبل الرد انطلاقاً من الآونة التي تكون فيها إرادة إنشاء حق لصالح الغير موجودة»⁽⁴⁾.

من الصحيح أن تطلب «المصلحة» هذا مفهوم إلى حد كبير بحيث يظهر شكلياً صرفاً لأول وهلة. بيد أن الاجتهاد يجعل منه أحياناً تطبيقاً لرفض أي فعالية للاشتراط لصالح الغير. وينتج مثل على التطبيق الإيجابي لمفهوم المصلحة التي يقدرها قضاة الأساس بسيادة، وقد قاد إلى رفض أي فعالية للاشتراط، عن حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في أول كانون الأول 1975⁽⁵⁾. ذلك بأن الغرضية التي تنكر أي مدى لهذا التطلب ليست مقنعة كلياً.

إن انتقاد تطلب المصلحة، بمماثلة مصلحة المشتري بإرادته في إنشاء حق لصالح الغير، يرتبط بمفهوم إرادي بشكل أساسي مشبع بمذهب سلطان الإرادة. والحال أن العقد ليس فقط توافق إرادات. إنه أيضاً أداة تبادلات لخدمة القانون الموضوعي. وينبغي، بهذه الصفة، أن تتمثل فيه منفعة اجتماعية أكيدة. إنه عامل جوهري في تقدير صحة العقد⁽⁶⁾. والللجوء إلى مفهوم مصلحة المشتري مسوّغ في هذه الرؤية ذلك بأنه يؤمن هذه الوظيفة الأخيرة.

- (1) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 149، صفحة 340. MARTY et RAYNAUD، Obligations، الجزء I، المصادر، رقم 283.
- (2) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 149، صفحة 341 ووصفحة 342: الموجبات: العقد، الجزء III، منشورات Economica، الطبعة الثانية، 1990، رقم 806.
- (3) CRAMPEAU، La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس، 1893، القانون الفرنسي، صفحة 64 وما يليها. يفرق المؤلف حسب أن يتم تقدير مصلحة المشتري بالنسبة إلى الراعد أو إلى الغير المستفيد. فنفس المصلحة المشتري في الحالة الأولى تلبس مع السبب الموضوعي. وفي الحالة الثانية لا يتعلق الأمر بتقدير الهدف الذي يسعى إليه المشتري، أي الفافع بتعبير آخر. وترتكز نظرية المصلحة إذاً على التباس مع نظرية السبب، فتكون باطللة. انظر أيضاً LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 9، صفحة 9.
- (4) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً.
- (5) النشرة المدنية، IV، رقم 288، صفحة 239 D.1976، رقم 56 من التقرير.
- (6) انظر تكوين العقد، رقم 223 وما يليه، صفحة 201 وما يليها. J. GHESTIN، L'utile et le juste dans les contrats، D.1982، صفحة 1 من العرض.

612 - يعتبر مفهوم مصلحة المشرط بشكل ملموس من تطلب منفعة العقد الاجتماعية .

ينشأ الاشتراط لصالح الغير عن عقد بين المشرط والواعد⁽¹⁾ . إنه المظهر الإرادي للاشتراط والمصلحة التي ينبغي أن تشجع المشرط تعود إلى أساس آخر، إلى المنفعة الاجتماعية . ولن يكون بالتالي هناك أي التباس بين تطلب إرادة مشتركة لإفادة الغير من حق والمصلحة التي ينبغي أن تشجع المشرط .

ويمكن، على سبيل المثال، اعتبار المصلحة الشخصية للمشرط في العملية، رغماً عن توافق إرادتي المشرط والواعد، ليست كافية لإعطاء الاشتراط منفعة اجتماعية حقيقية تسوّغ استبعاد مبدأ المفعول النسبي للعقد . ويفترق هذا المفهوم عن النظرية التي لا تكون مصلحة المشرط بموجبها سوى دافع يتم إدراكه بهذه الصفة عن طريق السبب . ولا يمكن للاشتراط لصالح الغير، المفهوم حصراً على هذا النحو، أن يعاقب إلا على أساس السبب غير المشروع أو اللاأخلاقي وليس على الإطلاق لعدم كفاية المصلحة . والحال أن الأمر لا يتعلق هنا بمعرفة ما إذا كانت دوافع المشرط تستوجب العقاب مدنياً، وإنما بمعرفة ما إذا كانت هذه الدوافع قابلة لأن تولّد حقاً لصالح الغير . إن مفهوم مصلحة المشرط تتجاوز هكذا مفهوم السبب لكي يأخذ مكانه بين شروط وجود الاشتراط .

إن لهذا المفهوم، فرضياً، منفعة أكيدة . فبعد أن صلح لتوسيع مجال الاشتراط لصالح الغير إلى حد كبير، تبعاً للضرورات الظرفية⁽²⁾، يمكن الاعتراف له بمنفعة حقيقية يحبس الاشتراط لصالح الغير في مجال أصيق، وينتج ذلك في مجال أصبح . وهكذا تغلر المصلحة وسيلة تقليص مجال الاشتراط لصالح الغير حسب القوة المطلوبة منه . إن ذلك يفترض بالطبع أن تكون الحدود العامة لهذا المفهوم قد حددها القانون وإلا على الاجتهاد أن يحددها وهو يرفض ذلك حالياً .

613 - يقدر قضاء الأساس مصلحة المشرط بسيادة .

مصلحة المشرط مسألة واقعية يعود تقديرها إلى سلطة قضاء الأساس السيد⁽³⁾ . يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض أقل تطلباً، إذ يجب وإنما يكفي أن يبين قضاء الأساس وجود

(1) انظر الرقم 614 اللاحق وما يليه .

(2) انظر على وجه الخصوص ملاحظات J.-L. GOUTAL، Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat، مطبوعة في باريس، 1981، منشورات L.G.D.J، مقدمة H. BATIFFOL، رقم 171 وما يليه، صفحة 128 وما يليها .

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 آذار 1968، النشرة المدنية، III، رقم 145، صفحة 114؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، IV، 86 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 نيسان 1967، النشرة المدنية، I، رقم 125، صفحة 91؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 143؛ ملاحظة J. CHEVALLIER - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أرك كانون الأول 1975، المذكور سابقاً .

مصلحة ما ليكون حكمهم معللاً. وهكذا حكمت بأنه لم يكن ضرورياً أن تكون للمشترط مصلحة مباشرة وفورية في الاشتراط، إذ تكفي مصلحة عادية⁽¹⁾.

وجود مصلحة في شخص المشترط، في القانون الوضعي، يتقلص إذاً في الغالب إلى تطلب شكلي صرف⁽²⁾، ما عدا الاستثناء⁽³⁾. وهذا ما يفسر أن الشرط الوحيد الذي يتطلبه الاجتهاد في الحقيقة هو شرط عقد بين المشترط والواعد.

ب - وجود عقد بين المشترط والواعد

614 - تأكيد ضرورة العقد.

مع أنه من غير الضروري أن يكون الاشتراط لصالح الغير مرتبطاً بعقد أصلي، يبقى أن أساسه عقدي. وبهذا المعنى يجري الكلام، أحياناً، أيضاً، على الاشتراط التابع لصالح الغير⁽⁴⁾. ينبغي إذاً أن يتطعم الاشتراط لصالح الغير بعقد بين المشترط والواعد⁽⁵⁾.

وقد أكدت ذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض برّة طعن يأخذ على محكمة الاستئناف استنتاجها وجود اشتراط في عقد أحادي الجانب. وفي عرف الغرفة المدنية، «أخذت محكمة الاستئناف بصواب بأن الاشتراط لصالح الغير يمكن أن يتتبع عن عقد قرض بين المشترط والواعد، إذا كان الاعتراف بالدين، وكانت قيمة القرض قد دفعت، ينحصر بالتحقق من تعهد الواعد»⁽⁶⁾. وتعبير آخر ليس ثمة أهمية تذكر لأن تثبيت الوثيقة فقط تعهد الواعد طالما أن هذه الوثيقة ناجم عن اتفاقية مبرمة مع المشترط، مما يعني بوضوح ضرورة هذه الاتفاقية.

وهذا التعهد الذي يجوز وصفه «بحامل حق المستفيد» خاضع للقواعد العامة لصحة الانفاقين وهو غير خاضع لأي شرط شكلي وإنما ينبغي أن يعتبر عن النية في الاشتراط

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 شباط 1962، النشرة المدنية، I، رقم 124، صفحة 110.

(2) انظر J.-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 188، صفحة 140.

(3) انظر رقم 611 السابق، الحكم المستشهد به.

(4) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 151، «لأنه يفترض وجود علاقة مبرجة بين الواعد والمشرط يدير كتابه» (صفحة 348)؛ الموجبات، المرجع عنه، رقم 808 - MARTY et RAYNAUD، المرجع عنه.

(5) انظر على سبيل المثال MARTY et RAYNAUD، المرجع عنه - Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 148 وما يليه، صفحة 340 وما يليها - B. STARCK، Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1329 - FLATIER، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 115، صفحة 150.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية، I، رقم 350، صفحة 270؛ فهرس Defrénois، 1979، رقم 1177، الفقرة 51، ملاحظة J.-L. AUBERT.

لصالح الغير. إنه التدبير الوحيد لعق المستفيد الذي ليس رضاه دائماً شرطاً لوجوده.

615 - قواعد صحة العقد الحامل.

يتطلب هذا العقد، كأي عقد، الرضا وأهلية الطرفين والموضوع والسبب المشروع⁽¹⁾. إن مسألة صحة بعض الاشتراطات لصالح الغير ثم طرحها بشكل أساسي على أرضية السبب، ولا سيما في مجال التأمين على الحياة الذي يتم لصالح الخليلين. ويجري الحكم بأن التأمين الذي يجريه عشيق لصالح عشيقته، من أجل متابعة العلاقات الزناوية، مشوب بالطلان بسبب الفجور الذي شجع على الاشتراط⁽²⁾. وهذا الحل متوافق مع المبدأ الذي يسوس صحة الهبات بين الخليلين التي ليست صحيحة إلا أن يكون الواهب قد شجعته أحاسيس إنسانية أو الاعتراف بالجميل، وليس عندما يكون الهدف الحاسم المنشود الحفاظ على العلاقات الزناوية أو استمرارها أو خارج الزواج فقط⁽³⁾. وليس ثمة أهمية تذكر، فضلاً عن ذلك، أن يبدأ التأمين بالريان فقط عند وفاة الواهب. فهذا الظرف ليس من شأنه وحده أن ينزع عن الدافع الذي شجع المشتري طابعه للأخلاقي⁽⁴⁾.

وفجور السبب يقدر بالطريقة عينها كما في القانون العام، إذ يكفي أن يكون ما شجع المشتري الواهب دافع غير مشروع أو لأخلاقي لكي يكون التبرع باطلاً بدون أن يكون ثمة حاجة إلى أن يكون الموهوب له على علم بهذا الهدف⁽⁵⁾.

616 - - شكل العقد.

لا يخضع الاشتراط لصالح الغير لأي شكل خاص⁽⁶⁾، حتى عندما يحقق

(1) B. STARCK, Obligations, المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، 1329 - FLOUR et AUBERT, Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 462، PONSARD، مصنف الاجتهادات، الكتابة العدل، رقم 1121 ورقم 1122، 1975، الكراسة C-7، رقم 108 - LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 108، صفحة 116.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 أيار 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، IV، 243 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1982، النشرة المدنية، I، رقم 321، صفحة 275 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 51، صفحة 42 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1957، 1958، D، 317، تعليق ESMEN، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة G، 1957، II، 10234، انظر كمتال حيث أعلنت تسمية عشيقه المشتري كمنفعة من تأمين على الحياة غير مشروعة، ولم يتم تقديم البينة على الفجور، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، I، رقم 388، صفحة 308.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 890.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1957، المذكور سابقاً.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 896.

(6) انظر PONSARD، مصنف الاجتهادات، فهرس الكتابة العدل، البند 1121 والبند 1122، 1975، الكراسة C-7، رقم 62 وما يليه. يأخذ الاشتراط شكل العقد المرتبط به، عقد النقل على سبيل المثال، عندما يفيد ذوي قرى المسافرين ضحايا حادث.

تبرعاً⁽¹⁾. وينجم هذا الحل عن المادة 1973 من القانون المدني المتعلقة بعقد الدخل العمري الذي بموجبه يمكن أن يتكون لصالح الغير، حتى لو كان الممن قد قدمه شخص آخر. وعندما يكون له في هذه الحالة الأخيرة طابع تبرع لا يعود حاضراً للأشكال المطلوبة في الهبات عدا حالتي التخفيض أو البطلان المنصوص عليهما في المادة 1970⁽²⁾.

على أن الاشتراط عندما يحقق هبة غير مباشرة يخضع لقواعد الأساس التي تنص الهبات بين الأحياء⁽³⁾، ولا سيما النسبة والتخفيض⁽⁴⁾، إلا أن يكون قد اتخذ شكل التأمين على الحياة⁽⁵⁾.

617 - نية الاشتراط لصالح الغير.

ارتباط الاشتراط لصالح الغير بعقد شرط ضروري وإنما غير كاف، يجب، فضلاً عن ذلك، أن يبدي المشتراط والواعد نية إنشاء حق لصالح الغير⁽⁶⁾. إذن لا تحوي جميع العقود القابلة لإفادة الغير بالضرورة اشتراطاً لصالح الغير⁽⁷⁾. وذلك يعني تأكيد أن الاشتراط لصالح

- (1) النقص المدني، 28 آذار 1884، 1986 S. 1، 422 D. 1984، 1، 275 يرميات الكتابة المدلل، 1884، البد 23178، صفحة 336. انظر كذلك على اشتراط هبة لصالح الغير بصورة غير مباشرة تأخذ شكل قرض تجسد في اعتراف بالدين صادر عن الواعد، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية، I، رقم 350، صفحة 1270، Fehrs 1879، وصفة 1177، الفقرة 51، ملاحظة J.-L. AUBERT - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 أيار 1986، النشرة المدنية، I، رقم 116، صفحة 118 - PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف ESMEIN، P. رقم 356، صفحة 461، والتعليق 2 - DEMOGUE، Obligations، الجزء I، رقم 778، صفحة 138 - F. TERRÉ، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، Obligations، رقم 494، صفحة 361.
- (2) النقص المدني، 26 آذار 1884، المذكور سابقاً، الذي أبطل تبرعاً، استناداً إلى المادتين 932 و 944 من القانون المدني، بحجة أن قبول الهبة كان مستحيل في حياة المشتراط الواعد.
- (3) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف ESMEIN، المذكور سابقاً، رقم 385، صفحة 471 - A. PONSARD المذكور تقيماً، رقم 65 - FLOUR et AUBERT، المذكور سابقاً، رقم 462 - TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، الموجبات، رقم 505، صفحة 387.
- (4) بعد أن طين الاجتهاد بدقة قواعد الاسترداد والتخفيض على رأس المال وعلى العلاوة المدفوعة (انظر LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 121، صفحة 128 وما يليها)، استبعدا تدريجاً (انظر PICARD et BESSON، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، تأليف A. BESSON، رقم 518، صفحة 806). وقد استعاد قانون 13 تموز 1930 الحلول الناشئة عن مبادرة مستقلة، ونصت المادة 132 - 13 من قانون التأمين على ما يلي: «لا يخضع رأس المال أو الدخل الذي يدفع عند وفاة المتأمن والمؤثر محدد لقواعد الرد إلى التركة ولا لقواعد التخفيض بسبب الاعتداء على حصص الورثة المحفوظة». والأم كذلك بالنسبة إلى العلاوات التي دفعها المكتتب ما عدا البالغ فيها بالنسبة إلى إمكاناته (المادة 132 - 13، الفقرة 2 من قانون التأمين. انظر PICARD et BESSON، المذكورين سابقاً، رقم 519 ورقم 520، صفحة 807 وما يليها).
- (5) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف ESMEIN، المذكور سابقاً، رقم 356، صفحة 461 - A. PONSARD، المذكور سابقاً، رقم 11 وما يليه - DEMOGUE، المذكور سابقاً، رقم 786، صفحة 130 - F. CHABAS، الجزء II، السجل 1، تأليف H. MAZEAUD، Obligations، رقم 778.
- (6) حكم غرفة المعارض، 20 كانون الأول 1898، 1899 D.P. 1، 320 S. 1901، 1، 270 - النقص =

الغير ليس له أساس آخر سوى إرادة الفريقين، وهذا ما يعبر عنه، بالإضافة إلى ذلك، تطلب عقد بين المشروط والواحد.

وليس من الواجب أن يعبر عن هذه الإرادة المشتركة التي يقدرها بسيادة قضاة الأساس⁽¹⁾ بعبارة شكلية⁽²⁾. وهكذا يمكن أن تنتج عن تفسير الاتفاقية حتى أن تكون ضمنية⁽³⁾. وهذه الفكرة الأخيرة جرى دفعها بعيداً جداً، طالما أنها توصل إلى افتراض بعض الاشتراطات لصالح الغير⁽⁴⁾، في مجال نقل السلع لصالح المرسل إليه⁽⁵⁾، ولا سيما في نقل الأشخاص، لصالح ذوي قربي الضحية⁽⁶⁾.

وكانت قضية Noblet مناسبة لمحكمة النقض لأن تطرح كمبدأ، «أن حق الحصول على التعويض عن الضرر، في حالة حادث قاتل حصل خلال تنفيذ العقد، يكون محققاً، حسب العادة 1147 من القانون المدني، لصالح زوج الضحية أو الأولاد، هذه الضحية التي تم الاشتراط لصالحها، بدون أن تكون هناك ضرورة للتعبير عن ذلك صراحة»⁽⁷⁾. غير أن محكمة النقض، من أجل تحديد حلقة المستفيدين، حكمت بأن الأشخاص الذين تكون الضحية ملزمة تجاههم بواجب مساعدة استناداً إلى نظام قانوني بإمكانهم التمسك لمصلحتهم بشرط ضمنى لمؤثرهم⁽⁸⁾. وهذا البناء، مع أن هذا الاجتهاد كان حاجسه حماية الضحايا وفقاً للإنعاف، في حقبة كان فيها تطبيق العادة 1384، الفقرة الأولى، على الضحايا بطريقة غير

المعني، 20 كانون الأول 1911، 8.1914، 1، 297، تعليق NAQUET - A. PONSARD المذكور آنفاً، رقم 12 - DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 766، صفحة 131 - PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 356، صفحة 461 - WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 402، صفحة 705. بالإضافة إلى J. CHEVALLIER، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 نيسان 1967 (النشرة المدنية، I، رقم 125، صفحة 91)؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 143، رقم 1.

(1) النقض المدني، 2 تموز 1884، 1885، D.1885، 1، 160 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 تشرين الأول 1961، النشرة المدنية، I، رقم 443، صفحة 350 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 تشرين الأول 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 266، صفحة 238 - D.1969، 98 - DEMOGUE المذكور سابقاً، المرجع عنه - A. PONSARD المذكور سابقاً، رقم 21.

(2) PONSARD، المرجع عنه.

(3) J.-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 171 وما يليه، صفحة 128 وما يليها.

(4) انظر WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 403 وما يليه، صفحة 707 وما يليها - J.-L. GOUTAL، المرجع عنه.

(5) انظر G. VINEY، La Responsabilité: conditions، رقم 188، صفحة 221، ولا سيما التعليق 51.

(6) النقض المدني، 15 شباط 1955، D.1955، 519.

(7) النقض المدني، 6 كانون الأول 1932، D.1933، 1، 137، تعليق JOSSELAND؛ Sirey 1934، 1، 81، تعليق P. ESMEIN؛ المسجلة العامة لتأمين البري، 1933، صفحة 398، تعليق M. PICARD؛ المسجلة الفصلية للقانون المدني، 1933، صفحة 108، ملاحظة DEMOGUE.

(8) النقض المدني، 24 أيار 1933، Dalloz الإداري 1933، 1، 137، تعليق JOSSELAND؛ S. 1934، 1، 81، تعليق P. ESMEIN؛ مجلة تصدر العدل، 1933، II، 350.

مباشرة، مشكوكاً فيه⁽¹⁾، يتركز على وهم إرادة منتقد بجداً⁽²⁾.

وهذا البناء لم يعد اليوم سوى مجال محدد بالنقل البري، إذ تدخل المشتري ليسوس التمييز على ضحايا الأضرار الناجمة عن النقل الجوي والبحري⁽³⁾.

ويمكن أن يقود اكتشاف الاشتراط لصالح الغير الضمني في بعض العقود إلى تعميم مجاله في جميع العقود القابلة لأن تهم الغير. ولن يكون عندئذ شك في الأساس الإرادي للاشتراط لصالح الغير⁽⁴⁾. ويكون هذا الاشتراط قد وجد أساسه الحقيقي في القانون. ألم تنص المادة 1135 على أن «الاتفاقيات لا تجبر فقط على ما تعبر عنه، وإنما كذلك على جميع النتائج التي يعطيها الإنصاف أو القانون للموجب تبعاً لطبيعته»؟

إن هذا التحليل يجب رده، فهو ينتكر بوضوح للنص الأمر للمفعول النسبي للعقد الذي يصبح عندئذ حرفاً ميتاً⁽⁵⁾. يضاف إلى ذلك أنه لا يقوم إلا بنقل موضع المسألة، فيتم الانتقال من إرادة إلى قرينة، قرينة بموجبها توخى المشتري أن يعطي منهجياً حقوقاً للغير، على عكس المبدأ الذي طرحه هو نفسه⁽⁶⁾. ويجري، من أي جانب جرى التوضيح فيه، الاصطدام دائماً بالقاعدة الأولى للمفعول النسبي للاتفاقيات. والمبدأ الذي بمقتضاها يفترض الاشتراط لصالح الغير نية إنشاء حق في ذمة الغير المالية في العقد ينهني إذاً الحفاظ عليه. وللإجتهاد المعاصر، فضلاً عن ذلك، نزعة إلى استبعاد مفهوم الاشتراط الضمني لصالح الغير⁽⁷⁾.

وعلى سبيل المثال، عندما يتعلق الأمر بإفادة مكتسب الملكية الثاني من ضمان العيوب الخفية ضد الصانع، لا تلجأ المحاكم إلى الاشتراط لصالح الغير في حين أن العقد بين البائع والصانع قابل لأن يهم المستهلك مباشرة⁽⁸⁾.

(1) انظر J.-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 190، صفحة 143.

(2) B. STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المذكوران سابقاً، رقم 1317 - J.-L. GOUTAL، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 191، صفحة 144 - PONSARD، المذكور سابقاً، رقم 27 - FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 134، صفحة 177.

(3) انظر الرقم 655 للاسقى.

(4) انظر في هذا الاتجاه، WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 419، صفحة 734 وصيغة 735.

(5) J.-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 183، وما يليه صفحة 137 وما يليها.

(6) انظر ملاحظات M. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 150، صفحة 343 وما يليها.

(7) G. VINEY، La responsabilité: conditions، رقم 188، صصفحة 223 - MALAURIE et AYNES، الموجبات الطبعة الرابعة، 1994، رقم 673، صفحة 375 و376. على أنه من الواجب ملاحظة أن اللجوء إلى الاشتراط الضمني لصالح الغير غير مدان منهجياً. وبالفعل حكمت الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 14 حزيران 1988، بأنه «يعود إلى محكمة الاستئناف البحث عما إذا كان عقد البيع بحوي اشتراطاً ضمناً لصالح الغير» (النشرة المدنية، I، رقم 243، صفحة 162، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 71، ملاحظة J. MESTRE).

(8) انظر حول نقل ضمان العيوب الخفية: Ph. MALINVAUD، L'action directe du maître de l'ouvrage.

B. - D. 1994، 41 من العرض - B. - BOURBLI، Soliloque sur la transmission de l'action en garantie = الطبعة

وهكذا حكمت محكمة النقض بأن «الدعوى المباشرة التي يملكها مكتسب الملكية الثاني ضد الصانع أو البائع الوسيط لضمان العيب الخفي الذي يشوب الشيء المباع منذ صنعه هي بالضرورة ذات طابع عقدي»⁽¹⁾. وينتج عن هذه الصيغة أن الدعوى المباشرة لمكتسب الملكية الثاني لا يمكن تفسيرها ببالوعة الاشتراط لصالح الغير، ذلك بأن المستفيد، باعتبار هذه الدعوى عقدية بالضرورة، لا يمكنه أن يرفض الإنفاذ لكي يقاضي الصانع على أساس تقصيري. وفي الاتجاه عينه، حكمت الهيئة العامة بكامل أعضائها، للبت بتباين الاجتهاد بين الغرفة المدنية الأولى والغرفة المدنية الثالثة⁽²⁾، بأن «صاحب العمل، كما مكتسب الملكية الثاني، يتمتع بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء الذي يعود إلى صاحبه، وأنه يملك إذا لهذه الغاية ضد الصانع دعوى عقدية مباشرة مبنية على عدم مطابقة الشيء المسلم»⁽³⁾. ولم يتم أي إسناد إلى الاشتراط لصالح الغير.

ويبدو أن الاجتهاد، بعد أن مد مجال الاشتراط لصالح الغير في نسب ضخمة، عاد اليوم إلى واقعية أكثر، على الأقل في ما يتعلق بالمبادئ القانونية. ومن الصحيح أن نموه غير العادي يعبر عنه بحجج الإنصاف غير الموجودة اليوم⁽⁴⁾. ونظرياً للدعوى المباشرة تبيح، فضلاً عن ذلك، نتائج مرضية بحيث أن اللجوء إلى الوهم يدر بلا طائل⁽⁵⁾.

618 - استقلالية العقد الحامل.

استقلالية الاشتراط لصالح الغير ليست اليوم موضع نزاع: «بعد أن كانت تبدأ تابعاً، كشرط لاشتراط شخصي، أصبحت اليوم الموضوع ذاته للعقد»⁽⁶⁾.

ويشهد فحص عقد التأمين على الحياة هذا التطور المتسم بتأكيد الطابع الأصلي

(1) I.G. - 2646، J. GHESTIN، Conformité et garanties dans la vente - 1982، رقم 334 وما يليه، صفحة 338 وما يليها - J. GHESTIN et B. DESCHÉ، البيع، رقم 1016 وما يليه.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، I، رقم 241، صفحة 192؛ D.1980، صفحة 222 من التقرير، ملاحظة LARROUMET؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، 355، ملاحظة G. DURY. وفي الاتجاه عينه، التقض المدني، 17 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 182؛ D.1983، صفحة 479 من التقرير، ملاحظة Ch. LARROUMET.

(3) دعوى صاحب العمل، بالنسبة إلى الغرفة المدنية الأولى، ذات طبيعة عقدية (29 أيار 1984، D.1985، صفحة 213، تعليق BÉNABENT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 589، ملاحظة HUET). في حين أنها، بالمقابل، في عرف الغرفة المدنية الثالثة، كانت تصيرية (19 حزيران 1984، المرجع عينه).

(4) الهيئة العامة بكامل أعضائها، 7 شباط 1986 (حكمان)، النشرة المدنية، رقم 2، صفحة 12 مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة II، G. 20616، تعليق P. MALINVAUD، D.1986، 293، تعليق A. BÉNABENT.

(5) انظر B. STARCK et L. BOYER، تأليف H. ROLAND، المذكورين سابقاً، رقم 1318. وكذلك WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 415، صفحة 726 وما يليها.

(6) انظر الرقم 739 اللاحق.

(7) FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 117، صفحة 156.

للاشتراط لصالح الغير، الموضوع الوحيد للعقد.

وكون الأمر يتعلق بعقد معاوضة، أي باحتوائه تسديد العلاوات، لا تأثير له في هذا الصدد⁽¹⁾.

وبالفعل ينشأ الموجب الذي يضطلع به الواعد، أي المؤمن، عن الاشتراط لصالح الغير نفسه، بدون أن يكون ملزماً بصفة أخرى تجاه المشتري، أي المكتتب، وبدون أن يكون هذا الأخير ملزماً تجاهه بطريقة أخرى على أساس عقد التأمين. وبعبارة أخرى، إن الموضوع الوحيد للعقد الذي يربط الواعد بالمشتري هو إنشاء حق لصالح المستفيد. ولا يربط أي موجب آخر سابق أو تلازمي يتطعم به عقد التأمين الواعد بالمشتري أو يكون منجذباً نحو حق الاشتراط.

غير أن هذه النقطة لا تظهر بداية إذ أخذنا في الحسبان واقع أن المشتري، في عقد التأمين على الحياة، يتعاقد بالتأكيد لصالح الغير، وإنما كذلك لصالحه الخاص⁽²⁾. يبدو إذاً وجود عقد أصلي يتطعم فيه الاشتراط لصالح الغير عندما يكون للمشتري فائدة. بيد أن هذا التحليل يجب استبعاده ذلك بأنه ليس هناك في أي حال مستفيدان، وإنما مستفيد واحد؛ وبالفعل المقصود فقط ودائماً تحديد من من الغير أو المشتري يجني في النهاية الاستفادة من التقديم المتوجب على الواعد استناداً إلى الاشتراط لصالح الغير وحده⁽³⁾.

على أنه يبقى أن الاشتراط لصالح الغير يوجد أيضاً كتاباً لاشتراط أصلي، على سبيل المثال عندما يلتزم أحد الأشخاص ببيع شخص آخر أسهم شركة والتفرغ عن حصة من هذه السندات للغير⁽⁴⁾. ويظهر الاشتراط لصالح الغير في هذا الوضع كتاباً للعقد الأصلي ويتقضي بالتالي أن يخضع لاشتراطاته جميعاً.

(1) بتناسية دراسة الإجابة تم بيان أن هذه الواقعة لا تُدخل ثانية اشتراطاً أصلياً بين المشتري والواعد يتطعم به الاشتراط لصالح الغير، M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 23.

(2) يفترض في المشتري أنه اشترط في الوقت عينه للمستفيد لنفسه. وينجم عن ذلك أن بطلان تسمية المستفيد لا يؤدي إلى بطلان عقد التأمين، إذ يجني المشتري عندئذ الاستفادة من التأمين (المادة 60 من قانون 13 تموز 1930 التي أصبحت المادة 121-11، L. 11-12، من قانون التأمين). انظر PICARD et BESSON المذكورين سابقاً، رقم 504، صفحة 782 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1976 (حل ضمنى) المذكور سابقاً. وهذا هو حال التأمين لحساب من يعود إليه (المادة 6 من قانون 13 تموز 1930 التي أصبحت المادة 12-11، L. 11-12 من قانون التأمين). انظر PICARD et BESSON، الجزء 1، تاليف BESSON، الطبعة الخامسة، رقم 265 وما يليه، صفحة 409 وما يليها - M. PICARD، La stipulation pour autrui et ses principales applications، أعمالاً رابطة H. Capitant، الجزء VII، 1952، صفحة 267 وما يليها: «يتضاعف الاشتراط لصالح الغير بالاشتراط أن المؤمن يفترض فيه أن يعمل لحسابه بمعنى أن العقد يراعى في الوقت عينه تأمين مسؤولية لصالح المكتتب» (صفحة 276 في آخرها).

(3) M. BILLIAU، المرجع عينه.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 178، صفحة 150 المجلة العملية للقانون المدني، 1986، صفحة 583، ملاحظة J. MESTRE، J. MESTRE، 1986، Defrénois، 1986، البند 33745، صفحة 788، رقم 53، ملاحظة J.-L. AUBERT، تأييد الحكم بدون تحفظ.

وفي الحقيقة ليس الأمر على هذا النحو. فالاجتهاد الحديث يفرق بوضوح بين العقد الأصلي، الذي يحدد حصرياً الواعد بالمشروط، والعقد التابع المولّد للحق في الإفادة.

وهكذا جرى الحكم بأن بند التحكيم المدخل في العقد الذي يربط المشروط بالواعد لا يمتنع به ضد الغير المستفيد الذي ليس في وسعه الإفادة منه ضد الواعد. وقد نقضت محكمة النقض، استناداً إلى المادة 1165 من القانون المدني، حكماً قضى بغير ذلك بحجة «أنه حكم على هذا النحو في حين أن شركة Sélmo لو كانت مستفيدة من اشتراط لصالح الغير مبرم بين السيدة Bisptti (الواعدة) وشركة Bruynzeel (المشترطة) فإنه لم يكن من المسموح لها الإفادة من البند التحكيمي الذي يربط المشروط بالواعد فقط»⁽¹⁾. ينجم عن هذا الاجتهاد أن العقد الحامل حق المستفيد مستقل كلياً ولو تم إدخاله في اتفاقية أعم.

وطبقت الغرفة التجارية أيضاً هذا المبدأ في حكم 23 أيار 1989⁽²⁾. كانت شركة Motte قد كفلت تضامياً تسديد فرض متعاقد عليه لاكتساب ملكية مؤسسة تجارية لبيع شراب الليمون وصنع الجعة من قبل الزوجين Krouchi. والتزم الزوجان مقابل ذلك بأن لا يتزودا بالجعة إلا لدى شركة Motte أو مستودعات Jean Perrier. وقد قاضت شركة Perrier الزوجين Krouchi اللذين لم يراعيا هذا التعهد للتعويض عن الضرر استناداً إلى بند جزائي مشروط لصالح شركة Motte في الاتفاقية مع الزوجين Krouchi. وقد ردت محكمة الاستئناف طلب المدعين على هذا الأساس. وأيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف حول هذه النقطة التي حكمت بأن هذه المحكمة «قررت بصواب أن شركة Perrier لا يعمها الإفادة من البند الجزائي المتمسك به»⁽³⁾. وهذا يعني أن هذا البند الجزائي كان غير قابل للاحتجاج به في وجه الغير المستفيد، ولم يكن يتعلق إلا بالعلاقات بين الواعد والمشروط. وهذا يعني أيضاً تطبيق مبدأ استقلالية الاشتراط لصالح الغير التي وصفها السيد Aubert بأنها مبدأ تخصيص بمعنى أن المستفيد ليس له من حقوق سوى الحقوق المخصصة لصالحه⁽⁴⁾.

ويبدو إذاً أن محكمة النقض تبنت مفهوماً صلباً لمبدأ المفعول النسبي للعقد. ولا تقبل بشذوذ عن هذا المبدأ إلا في الحدود الضرورية حصراً لإعطاء الغير المستفيد حقاً ما. وبعبارة آخر لا يمكن أن تفسر جميع الاشتراطات التي لا تساهم في تخصيص هذا الحق بالمستفيد

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1986، المذكور سابقاً. انظر تطبيقاً لمبدأ استقلالية العقد الحامل في مجال تأمين الجماعة لصالح المستفيد الذي لا يمكن أن يمتنع ضد الاشتراطات الأصلية، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 آذار 1983، النشرة المدنية، I، رقم 91، صفحة 80.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 23 أيار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 164، صفحة 109، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 72، ملاحظة J. MESTRE، J. فورس Defrénois، 1989، البند 34833، صفحة 1389، ملاحظة AUBERT J.-L.

(3) بيد أن الحكم جرى نقضه مع ذلك وإنما في ما يتعلق برفض إعطاء شركة Perrier دعوى مباشرة وشخصية للتعويض عن ضررها.

(4) الملاحظات المذكورة سابقاً، بأحرف مائلة في النص.

ولا يمكن أن يستفيد منها⁽¹⁾. وهذه الأحكام، فضلاً عن ذلك، تندرج في الحركة المعاصرة لانحياز الاشتراط لصالح الغير لمصلحة إولايات أخرى ومنها الدعوى المباشرة⁽²⁾.

إن تطبيق مبدأ الاستقلالية هذا يمكن أن يبدو دقيقاً. وبالفعل لن يكون ولا شك من السهل دائماً معرفة ما هي البنود التي تتعلق حصراً بعلاقات المشتري بالوعد والتي بالتالي لا يحتج بها ضد الغير المستفيد والآخرين، ولا سيما في حالة الفردانية الموضوعية أو الذاتية بين العقد الأصلي والاشتراطات المختصة بحق الغير المستفيد. إن الحل الذي تبنته محكمة النقض يُدخل بالضرورة عامل تعقيد. ولذلك روي أنه من الأفضل «أن يؤخذ في الحسبان اندماج أتم للاشتراط لصالح الغير بالعقد الأصلي المشتق منه»⁽³⁾.

إن للتفريق الذي تبناه القانون الوضعي نتائج مهمة ذلك بأنه يشرط، إلى حد كبير، نظام الحل، وتطبيق النفع بعدم تنفيذ العقد وبصورة أعم لأحجية الدفع التي يمكن أن يتذرع بها الواعد ضد المستفيد⁽⁴⁾.

619 - قبول الغير المستفيد ليس دائماً شرطاً لوجود حقه.

المستفيد، كما يدل عليه اسمه، أجنبي عن العقد الأصلي. وهذا هو السبب الذي من أجله لا يكون ملزماً بتقديم البيّنة الخطية على موجب الواعد الذي يطالب بالتنفيذ، إذ إن المادة 1341 من القانون المدني تتعلق فقط بالفرقاء أو خلفائهم الكليين⁽⁵⁾. كما أن رضاه، على وجه الخصوص، ليس شرطاً لصحة الاشتراط وبالتالي لوجود الحق المنشأ لصالحه وحده⁽⁶⁾. وجرى الاستنتاج من ذلك أن هذا الحق ينشأ سابقاً لقبوله الذي ليس له سوى

(1) قارن بملاحظات WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 396، صفحة 699 وصيغة 700.

(2) انظر الرقم 617 السابق.

(3) J. MESTRE، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 594.

(4) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 156 وما يليه، صفحة 360، ورقم 162، صفحة 371 وما يليها، ولا سيما صفحة 373 وما يليها. انظر الرقم 834 اللاحق.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 شباط 1988، النشرة المدنية، I، رقم 30، صفحة 20. انظر في صدد المبدأ الذي يمقتضاه لا تتعلق المادة 1341 من القانون المدني إلا بالفريقين المتعاقدين، المدخل العام، رقم 595، والاجتهاد المستشهد به في التعليق 94.

(6) النقض المدني، 8 شباط 1888، D.88، 1، 201، وبموجب الاشتراط لصالح الغير... يعطي الغير فوراً الحق في الإفادة الحاصلة... وليس من مجال تطبيق المادة 932 التي تنص على أن الهبات يجب أن تكون مقبولة في حياة الواهب، ولا المبادئ العامة التي تترس تكوين العقود بقبول الإيجاب. انظر الاجتهاد الغزير المستشهد به DEMOGUE، Obligations، الجزء VII، رقم 807، صفحة 173. التعليق 1. - B. STARCK، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1333 - J. MAZEAUD، الموجبات، الجزء II، المجلد 1، تأليف CHABAS، رقم 786. وكذلك LAMBERT. الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفترة 71 وما يليها، صفحة 81 وما يليها. - في صدد عرض شامل للحلول المعبرلة في القانون القديم... FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 116، صفحة 152.

مفعول تعزيزي وليس اكتسابياً⁽¹⁾. فالمادة 1121 من القانون المدني التي تنص على أن «... من وضع هذا الاشتراط في وسعه الرجوع عنه إذا أعلن الغير زيادة الاستفادة منه» تحوي هذا الحل في شكل جبرئوم⁽²⁾. ويمكن القول بهذا المعنى إن قبول المستفيد له مفعول رجعي مع أن الأمر لا يتعلق إلا بحشو⁽³⁾.

على أن حكماً صدر عن الغرفة المدنية الأولى في 10 حزيران 1992 جرى تقديمه على أنه تنكر لهذه المبادئ⁽⁴⁾. ففي هذه القضية اكتسبت امرأة متزوجة بعقد تأمين ينص، في حالة الوفاة، على دفع رأس المال «إلى أحد الزوجين الباقي على قيد الحياة وإلا فلأولادهما وإلا فلغيرهما وإلا فللورثة». وتوفيت المرأة في حادث سير قبل ثلاثين دقيقة من زوجها ضحية الحادث عينة بدون أن يكون قد قبل الاستفادة من التأمين. فقاضى الأولاد المتحدون من الزواج الأول للمرأة المؤمن لدفع رأس المال وابن أخ الزوج الستوني وبتت أخيه لإعلان الحكم مشتركاً. وقد حكمت محكمة الاستئناف بالأخذ بهذه الادعاءات. ويتعبير آخر جرى اعتبار الأولاد المتحدين من الزواج الأول كمستفيدين من الاشتراط من الدرجة الثانية، والزوج كمستفيد من الصف الأول وقد سبق أن توفي في حين أن ابن الأخ وابنة الأخت تدخلتا بصفة ورثة الزوج. كان على المحكمة إذاً أن ثبت بمسألة معرفة لمن تعود الإفادة من التأمين. وقد أعطت الأفضلية للمستفيدين من الصف الثاني وأيدت ذلك الغرفة المدنية الأولى بحجة «أن التقديم المضمون، إذا كان المستفيد مجانياً من عقد ينص على دفع تقديم لدى وفاة المؤمن قد توفي قبل قبوله، يعود إلى الأشخاص المعينين بصفة استمرارية وليس إلى ورثته» وأن Elie Marquis (الزوج) المستفيد من الصف الأول من الاشتراط المجاني الذي يحويه عقد 10 كانون الثاني 1983 توفي بعد زواجه، بدون أن يكون قد قبل هذا الاشتراط، وأن محكمة الاستئناف قررت بصواب عندما استنتجت أن رأس المال المنازع فيه يعود إلى المستفيدين من الصف الثاني⁽⁵⁾.

ويمكن أن يكون أساس المحل المدني الذي اعتمدته محكمة النقض في المادة L-9-132، الفقرة 4 من قانون التأمينات وبموجبها تخصيص المستفيد بصفة مجانية من تأمين

(1) B.STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المرجع عنه - LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 86، صفحة 98 ولا سيما الفقرة 98، صفحة 1107، والفقرة 99، صفحة 1109؛ القبول، في حرف المؤلف، ليس «سوى المدول عن حق المدول» - MALAURIE et AYNÈS، Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 677، صفحة 378، ربما يبين أن الاشتراط لصالح الغير يثب عن المادة 1165 في القانون المدني - كذلك DEMOGUE، Obligations، الجزء VII، رقم 807، صفحة 173.

(2) TERRÉ، SIMLER et. LEQUETTE، Obligations، رقم 494، صفحة 381.

(3) انظر حول مفاعيل القبول الرقم 633 اللاحق.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 174، صفحة 1119؛ 1992، صفحة 493، تعليق J-L. AUBERT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، 22142، تعليق J. MAURY؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994، صفحة 99، ملاحظة J. MESTRE.

على الحياة بشخص محدد يفترض أنه جرى تحت شرط وجود المستفيد في حقبة استحقاق رأس المال أو الدخل المضمون إلا أن يكون العكس ناتجاً عن نصوص الاشتراط⁽¹⁾.

على أن الوضع الواقعي كان خاصاً. فالمؤمن، أي المشتروط توفي بالفعل قبل ثلاثين دقيقة من وفاة المستفيد المسمى أولاً، أي الزوج. والحال أن المادة المذكورة لا تتعلق بهذا الوضع الذي سبق فيه وفاة المؤمن والمستفيد أو بقي المستفيد على قيد الحياة بعده. إن مبلغ التأمين يجب منطقياً أن يعود إلى ورثة المستفيد المعين من الصف الأول طالما أن المخاطر قد تحققت في حقبة كان فيها هذا المستفيد حياً. وبما أن الحل المعاكس هو ما اعتمدته محكمة النقض فإن السيد Aubert أخذ بأن «الحكم أضاف إلى القرينة أن التخصيص بصفة مجانية تم تحت شرط بقاء المستفيد على قيد الحياة بعد المؤمن شرط قبول الباقي على قيد الحياة بعد المؤمن»⁽²⁾. ويبدو أن الغرفة المدنية الأولى جعلت من القبول شرطاً لوجود حق المستفيد. وصدرت عن السيد Mestre فرضية ومقتضاها تأثرت محكمة النقض بالظروف الواقعة وأميل أن «لا يبعد هذا الحكم النظر في أحد الاستنادات الرئسية للاشتراطات لصالح الغير».

ويمكن الرد على هذه الانتقادات بأن عقد التأمين على الحياة هو عقد ينسم بصورة أساسية باعتبار شخص المستفيد. وهكذا يظهر حق قبول الاشتراط مرتبطاً بالشخص ولا ينتقل عن طريق الخلافة. وينجم عن ذلك أن وفاة المستفيد قبل قبوله يعادل غياب التسمية، ولا أهمية تذكر لأن يكون المشتروط بقي حياً بعده أم لا. يضاف إلى ذلك أن المشتروط، بالرجوع إلى تسميات متعاقبة، توخى دمج العقد بطابع النظر إلى الشخص. والإفادة من التأمين، بتعبير آخر، شخصية حصراً. ويغدو من غير الصحيح القول إن قبول المستفيد من تأمين على الحياة هو شرط لصحة العقد. فالمستفيد من الاشتراط هو من يعين كثنائي باعتباره مزوداً بحق رفضه؛ وعندما لا يكون هناك مستفيد على الإطلاق تمود موجودات الإيصاء التي وعد بها المؤمن إلى ورثة المشتروط وليس إلى ورثة أحد من المستفيدين المتعاقبين، وفقاً للمادة 132-11 من قانون التأمينات. فطبيعة عقد التأمين على الحياة إذاً هي التي تملئ الحل بدون قلب المبادئ العامة للاشتراط لصالح الغير.

كما أن المستفيد الباقي على قيد الحياة - والاعتراف لا يستهان به - في حالة وفاة المؤمن قبل غيره يجب أن يمتلك، بسبب تحقق المخاطر، حقاً آتياً دخل ذمته المالية بمفعول وفاة المؤمن وحدها وأصبح في تركته.

ويبدو أن هذا الحل مع ذلك قد أداته محكمة النقض.

وتستمر الغرفة التجارية، في مواد أخرى، في تطبيق المبادئ التقليلية في هذه المادة⁽²⁾.

(1) الملاحظات ذاتها، المرجع عنه، صفحة 494، العمود الأول، رقم 1 في نهايته.

(2) 23 شباط 1993، المجلة الفصلية للقانون المدني 1994، صفحة 89، ملاحظة I-MESTRE (غير منشور في نشرة أحكام محكمة النقض).

من الصعب، في مفهوم صلب لمبدأ المفعول النسبي للعقد، فهم أن يكون بإمكان شخص وريث الاستفادة من مفاعيل عقد بدون أن يكون فريقاً فيه. وقد جرى استبعاد هذا الاعتراض منذ مدة طويلة إذ يتركز على قراءة ضيقة جداً للمادة 1165 من القانون المدني. فمبدأ المفعول النسبي للعقد يحظر فقط، من حيث المبدأ⁽¹⁾، جعل الغير مدنياً وليس جعله فريقاً في العقد. وهي لا تمنع، بالمقابل، جعل الغير دائناً: «المبدأ هو أنه لا يمكن العمل في كرة الغير للإضرار به»⁽²⁾. ولا يوجد بالفعل أي سبب في الاعتراف للغير بالإفادة من حق لا يمكن أن يضر به حسب تعريفه⁽³⁾، وهو حر دائماً في الرفض⁽⁴⁾. وليست قاعدة المفعول النسبي سوى تدبير حماية الحرية الفردية التي لا تتعرض للخطر عند اجتماع هذين الشرطين⁽⁵⁾.

ويبدو أن القاعدة التي لا تجعل رضا المستفيد شرطاً لصحة الاشتراط لم تعد عامة. وبالفعل تبنت محكمة النقض، حديثاً، صحة اشتراطات تضع أيضاً ديناً على عائق الغير⁽⁶⁾ شريطة أن يبدي الغير قبوله. كما حكمت «بأن الاشتراط لصالح الغير لا يستبعد، في حالة قبول المستفيد، أن يكون ملزماً ببعض الموجبات». وبما أن الموجب الملحق على عائق الغير هو بالضرورة غير قابل للفصل عن حقه، فيجب الاستنتاج من ذلك أن القبول يصبح شرطاً لصحة هذا النموذج من الاشتراط. ولم يعد القبول تعزيزياً وإنما اكتسابي وهذا ما يقبله اليوم بعض المؤلفين⁽⁷⁾.

II - الشروط المتعلقة بشخص الغير المستفيد

620 - هل يجب تحديد الغير المستفيد في يوم إبرام العقد الصادر حقه عنه أم يجب أن يكون قابلاً للتحديد وحسب؟ تغطي هذه المسألة وضعين. يمكن، من جهة أولى، أن يكون المستفيد موجوداً بدون أن يكون المشروط قد ساء، ومن جهة أخرى يمكن أن يكون

(1) رأينا أن تطبيق مبدأ الحماية يمكن أن يقود إلى إجبار الغير بدون أن يكون قد أراد ذلك، انظر الرقم 374 السابق وما يليه.

(2) DEMOGUE, *Obligations*, الجزء VII، رقم 764، صفحة 129.

(3) B. STAREK، تأليف B. BOYER et L. ROLAND، المذكوران سابقاً، رقم 1343 - G. LEBER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1121 والبنود 1122، 1988، الكراسة 1، رقم 2 - WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 380، صفحة 686.

(4) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 100، صفحة 110 - DEMOGUE، المرجع عنه، صفحة 127 وصفحة 128. وكذلك الرقم 633 اللاحق.

(5) B. STAREK، تأليف B. BOYER et L. ROLAND، المذكوران سابقاً، رقم 1311 - WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 399، صفحة 700.

(6) انظر الرقمين 630 و 631 اللاحقين.

(7) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Obligations*، الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، رقم 498، صفحة 384.

الغير مسمى بالاسم بدون أن يكون موجوداً في آونة الاشتراط^(٦). لتفحص على التوالي حالة الأشخاص غير المحددين ثم حالة الأشخاص المستقبليين.

أ - الأشخاص غير المحددين.

621 - الاشتراط لصالح شخص غير محدد غير قابل للفهم بداية إلا في النادر^(٧). على أنه ليس من الضروري، حسب الاجتهاد، أن يكون المستفيد مسمى بالاسم في العقد، يكفي أن يكون قابلاً للتحديد في اليوم الذي يجب أن يتلقى فيه الإفادة من الحق المشترط لصالحه^(٨). وهذا الحل المقبول بالإجماع^(٩) يتيح حل صعوبتين، الغياب التام لسمية المستفيد وعدم الدقة في تسميته.

622 - الغياب التام للتسمية لا يفقد صحة الاشتراط ما دام أن الغير مسمى لاحقاً من قبل المشترط، وعلى أيعد تفسير في الآونة التي ينبغي فيها أن ينتج الاشتراط مفاعله^(٥).

صدر بعض الشكوك حول فعالية اشتراط كهذا عندما يشترط المشترط لنفسه، واحتمالاً للغير، فيكون العنصر القسدي مفقوداً^(٦).

إن الملاحظة ليست مجردة من مناسبة الصلة بين الحجة والموضوع، بيد أن الأمر يتعلق، كما يلاحظ المؤلفون^(٧)، في الحقيقة بمسألة نية. بإمكان المشترط أن يكتسب لنفسه، بدون أن يكون قد أراد ذلك، حقاً ونقله بعد ذلك، بأن يشترط فقط للغير مع الاحتفاظ بالإمكانية في أن يسمى لاحقاً الشخص المستفيد. يبقى أن الحق المنشأ في هذه الفرضية

- (١) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 128 وما يليها، صفحة 137 وما يليها.
- (٢) انظر G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البندين 1121 و1122، الكراسة 1، رقم 84 وما يليه. وكذلك LAMBERT، الأطروحة السالفة الذكر، الفقرة 129، صفحة 138 وما يليها.
- (٣) النقص المدني، 28 كانون الأول 1927، D.H. 1928، 135 - حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض، 18 نيسان 1961، D.1961، 448.
- (٤) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً الفقرة 129 وما يليها، صفحة 138 - DEMOGUE، Obligations، رقم 830 وما يليه، صفحة 201 وما يليها، ولا سيما رقم 835، صفحة 207 - PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 367، صفحة 473 - B. STARCK، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1330 - FLOUR et AUBERT، Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة 1990، رقم 468 - A. PONSARD، المذكور سابقاً، رقم 49 - إضافة إلى WHILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 410، صفحة 718 - Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 152، صفحة 349 وما يليها.
- (٥) Ch. LARROUMET، Les obligations: Le contrat، رقم 810.
- (٦) G. LEGIER، Obligations، رقم 509، صفحة 389 - TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، Obligations، رقم 108. انظر الرقم 617 السابق حول ضرورة نية الاشتراط لصالح الغير.
- (٧) المرجع عينه.

الآخيرة حتى التسمية الفعلية للمستفيد، يظل بدون حائز، «مما يشكل استحالة مفهومية»⁽¹⁾. وتطرح عندئذ مسألة معرفة ما إذا كان هذا الحق يدخل أولاً ذمة المستفيد المالية، على الأقل لفترة من الزحف. وتكون النتيجة، حتى تسمية الغير، أن القيمة التي يعد بها الواعد يمكن أن يخشاها دائر المشتروط⁽²⁾.

وتتيح تقنية الاشتراط لصالح الغير تذليل هذه السينة. وبالفعل تتم تسمية الغير المستفيد رجعيًا⁽³⁾، وقبول المستفيد هو رجعي على وجه الخصوص⁽⁴⁾. فلا يملك دائر المشتروط بالتالي أي حق على القيمة المعروضة بها⁽⁵⁾. وقد كرس قانون 13 تموز 1930 هذا المبدأ في مادة التأمينات⁽⁶⁾.

ولا تتطلب تسمية المستفيد أي شكلية. فالمادة L.8-132 الفقرة 8 من قانون التأمينات تستهدف بلا تمييز الملحق الإضافي للعقد، وشكليات المادة 1690 من القانون المدني المتعلقة بالتنازل عن العقد، والتظهير عندما تكون وثيقة التأمين لأمر، والأحكام الإيصالية. وهذا التعداد بياني فقط. وهكذا نقضت حكم محكمة النقض حكم محكمة استئناف برفض جعل مفعول لتعديل تسمية المستفيد التي تمت بمجرد مرسله بحجة أنه لم يكن ثمة أي ملحق إضافي موقع. والوثيقة التي استخدمها المشتروط، في عرف محكمة النقض، ليست لها أهمية تذكر، لأن تعديل اسم المستفيد قابل للاحتجاج به في وجه المؤمن «ما دام أنه يعبر بصورة أكيدة وغير ملتبسة عن إرادة المشتروط وأن شركة التأمين كانت على علم به قبل القيام بدفع رأس المال»⁽⁷⁾. ومن المقبول أن لهذه المبادئ مدنى عام⁽⁸⁾.

ويمكن، عندما تكون تسمية المستفيد اللاحقة مستحيلة، عقب حدث فجائي، وفاة المشتروط مثلاً، تقدير أن الاشتراط لا يمكن أن ينتج مفاعيله، إلا أن يتم قبول أن الإفادة من الاشتراط تعود إلى المشتروط.

(1) FLOUR et AUBERT, Obligations, المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 467، وهما يستخدمان هذا التعبير في صدد الاشتراط لصالح أشخاص مستفيدين الذي له أيضاً أروية انتفاء في ما يتعلق بالغياب اتام لتسمية المستفيد.

(2) H. - J. MAZEAUD, Obligations, الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، رقم 784.

(3) المرجع عنه.

(4) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 152، صفحة 350. لاحظ المؤلف أن الرجعية هي تفسير مرضي في ما يتعلق بالأشخاص غير المحمدين. ويتفق، بالمقابل، الأخذ بها للأشخاص المستفيدين. فلا يمكن أن يرجع الحق إلى يوم إبرام العقد، لأن المستفيد، حسب التصريف، غير موجود. والقبول يرجع إذاً إلى اليوم الذي يمكن أن ينشأ فيه الحق لصالحه. انظر كذلك الرقم 624 اللاحق وما يليه.

(5) النقض المدني، 4 أيار 1904، 1904 8، 1، 385، تعليق Ch. LYON-CAEN.

(6) المادة L.12-132 (المعدللة بالقانون رقم 81 - 5، 7 كانون الثاني 1981) من قانون التأمينات.

(7) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 أيار 1980، النشرة المدنية، I، رقم 146، صفحة 118.

(8) انظر G. LEGIER، المذكور سابقاً، رقم 108.

وهذا الحل مأخوذ به صراحة في مجال التأمين على الحياة. فالمادة L.11-132 من قانون التأمينات تنص على أن رأس المال يشكل جزءاً من التركة في غياب تسمية المستفيد⁽¹⁾. ويبدو أن هذا المبدأ يمكن تعميمه⁽²⁾. والإنصاف، فضلاً عن ذلك، هو إلى جانب هذا التوسع. والأمر يتعلق بمنع الواعد من التملص من موجباته بذريعة أنه لا يمكن لأي أهل للتحق أن يجني الإفادة من المرجح.

623 - تعتبر التسمية العامة والمجردة التي تسند إلى صفة المستفيد كافية إذا كان من الممكن تفريد الغير في اليوم الذي يجب أن ينتج الاشتراط مفاعيله.

هذا النمط من التسمية الذي يوصف أحياناً بغير المباشر لأنه يتم عن طريق الصفات وحدها التي أعلنها المشتراط⁽³⁾ صحيح. ويكفي بالتالي أن تكون تسمية المستفيد ممكنة لكي ينتج الاشتراط مفاعيله⁽⁴⁾، مما يضمن على الإوالية مرونة استعمال كبيرة. ويملك قضاة الأساس سلطة محددة لتحديد المستفيد من الاشتراط عندما تكون تسميته غير دقيقة⁽⁵⁾. ويمتنع عليهم فقط تشويه المستندات التي يبنون أحكامهم عليها.

وتكرست هذه الحلول في مجال التأمينات لحساب الغير والتأمينات على الحياة في قانون 13 تموز 1930 الذي أصبح مقتناً. وتستهدف المادة L.1-112 من قانون التأمينات، في التأمينات لحساب الغير، «المستفيد المعروف أو المحتمل لهذا البند»⁽⁶⁾. والمادة 63 من القانون التي أصبحت المادة L.8-132 من قانون التأمينات⁽⁷⁾ تضمني الصحة صراحة على التأمين على الحياة لصالح الأشخاص المحددين بما فيه الكفاية فقط. وحسب هذا النص «يعتبر الاشتراط، الذي يخصص الإفادة من التأمين بشخص أو عدة أشخاص محددين بما في الكفاية، بدون أن يعينوا اسماً، في هذا الاشتراط لتحديد هويتهم في أونة استحقاق رأس

(1) انظر في شأن تطبيق هذه القاعدة: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 شباط 1983، D.1983، صفحة 356 من التقرير؛ النشرة المدنية، I، رقم 63، صفحة 55. ويضخ رأس المال في هذه الحالة للمحقوق في الخلافة، طالما أنه يشكل جزءاً من ذمة المتوفى المالية.

(2) انظر في هذا الاتجاه، H.-L. J. MAZEAUD، المذكوران سابقاً، رقم 786.

(3) انظر PONSARD، معنّف الاجتهاد، فهرس الكتابة المدل، ارفقمين 1122 و 1122، الكرامة C-7، 1975، رقم 53 - PICARD et BESSON، المذكورين سابقاً، رقم 504، صفحة 787.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 نيسان 1961، النشرة المدنية، I، رقم 208، صفحة 163؛ الجدول المدني 1060 - 1969، V، المتعلقة لصالح الغير، رقم 5، صفحة 6108.

(5) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 نيسان 1978، النشرة المدنية، I، رقم 138، صفحة 110، في ما يتعلق بتفسير التعبير «ورب» ومسألة معرفة من كان المقصود بالإستناد إلى هذه الصفة.

(6) انظر PICARD et BESSON، المذكورين سابقاً، رقم 265 وما يليه، صفحة 409 وما يليها. انظر في ما يخص بالاجتهاد السابق لقانون 13 تموز 1930، LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 131، صفحة 141 وما يليها.

(7) المعدلة في آخر المطاف بالقانون رقم 81 - 5، 7 كانون الثاني 1981، L.D.81، صفحة 47.

المال أو الدخل المضمونين، أنه حصل لصالح المستفيدين المحددين فيه». وهكذا جرى الحكم بأن تسمية حامل نسخة صالحة للتنفيذ كمستفيد من رأس المال الوفاة تحوي تسمية مستفيد محدد بمعنى قانون 13 تموز 1930⁽¹⁾.

بيد أن تسمية عامة إلى حد كبير بحيث تحول دون تحديد المستفيد أو المستفيدين هي بدون مفعول ذلك بأنه يصعب من المستحيل استبدال إرادة المشرط. والمثال المستشهد به عموماً يتعلق بالاشتراط الذي يكون فيه عبء دفع المبالغ للفقراء وأعمال البر بدون تحديد آخر على عائق الواعد⁽²⁾.

ولا تأثير إمكانية الاشتراط لصالح أشخاص غير محددين أي صعوبات خاصة. والأمر خلاف ذلك في ما يتعلق بالأشخاص المستفيدين ولر كانوا محددين.

ب - الأشخاص المستفيدين.

624 - طرحت، في صدد الأولاد الذين سيولدون والبرات، مسألة معرفة ما إذا كان الاشتراط لصالح الغير صحيحاً حتى معقلاً، ذلك بأن المستفيدين من اشتراط كهذا ليسوا موجودين في يوم إبرام العقد.

625 - الاشتراط لصالح الغير الذي يحقق حبة لصالح الأولاد الذين سيولدون.

كان الاجتهاد، قبل قانون 13 تموز 1930، يبطل عقود التأمين على الحياة التي تحوي اشتراطاً لصالح الأولاد الذين سيولدون، أي الذين لم تحل بهم اهم بعد⁽³⁾. وكان من شأن هذا المذهب أن يقود إلى الإبطال الجزئي للاشتراطات الجارية في الوقت عينه لصالح المولودين والأولاد الذين سيولدون. إلا أن الاجتهاد لم يقم بهذا التفريق الذي عليه المنطق، وكان، في آخر حالة، يبطل الاشتراطات المتضمنة هاتين الفئتين من المستفيدين

(1) حكم الفرقة المدنية التجارية في محكمة النقض، 14 شباط 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 57، صفحة 57.

(2) 1969، رقم 996، وقد استشهد بهما على وجه الخصوص A. PONSARD المذكور سابقاً، رقم 49 -

COLIN et CAPITANT، Traité de droit civil، JULLIOT DE LA MORANDIÈRE، الجزء II،

TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، Obligations، رقم 509، صفحة 389، ويرون مع ذلك أن التسمية

صحيحة إذا كانت تحدد أن الاشتراط تم لصالح فقراء بلدية معينة، لأن هؤلاء الفقراء معطون قانوناً بمكتب

الساعدة الاجتماعية: PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN سابقاً، رقم

367، صفحة 473، التعليق 1، اللذان يقيان مع ذلك أن بإمكان المشرط أن يناهض التنفيذ أو الفسخ ضد

الواعد. وبالطريقة عينها، حسب M. LEGIER، يكون الاشتراط الذي يتم لأفراد الأسرة غير فعال ذلك بأن

الأسرة ليست مفهوماً قانونياً، صفحة 103. أضيف إلى ذلك: حكم الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض،

10 آذار 1965، النشرة المدنية، I، رقم 184، صفحة 137، الذي رفض لبعض الغير حق التملك بأدعاء

اشتراط للغير لأن المشرط لم يحدده.

(3) النقض المدني، 7 شباط 1877، D.77، 1، 137، S.77، 1، 393 - حكم فرقة العرائض، 7 آذار

1893، D.94، 1، 77، S.94، 1، 161، تعليق LABBE - النقض المدني 24 شباط 1902، S. 1902،

1، 165. أضيف إلى ذلك PICARD et BESSON المذكورين سابقاً، رقم 305، صفحة 788 وصفحة 789.

كلها⁽¹⁾. وكانت الاشتراطات لصالح المولودين أو على الأقل الأجنة هي المسموح بها⁽²⁾. وكانت هذه الحلول تركز على التفسير الحرفي للمادة 906 من القانون المدني التي تنص على أن يكون ثمة حمل في آونة الهبة. وانتقد الفقه هذا الاجتهاد الذي يشكل مكبحاً أمام نمو التأمين على الحياة⁽³⁾.

وقد أدانت المادة 83، الفقرة 2، من قانون 13 تموز 1930 التي أصبحت المادة 132-8 من قانون التأمينات، هذا الاجتهاد إذ بينت أن «أولاد المتعاقدين أو الذين سينجبهم والمؤمن أو أي شخص آخر معين» يعتبرون أيضاً مستفيدين قانوناً.

وبالتالي يعتبر التأمين على الحياة المكتتب به لصالح من سيولد صحيحاً اليوم بلا جدال. ويكفي أن يكون الولد مولوداً أو جنيناً في اليوم الذي ينتج فيه الاشتراط فمعايله، بدون أن يكون من المفيد أن يكون ذلك في يوم إبرام عقد التأمين. والحل المقبول أخيراً مشابه للحل المعتد في حالة عدم تحديد الغير المستفيد⁽⁴⁾.

يبقى أن أحكام قانون التأمينات تختص بهذه العادة. فهل من المناسب أن تمتد إلى جميع الاشتراطات التي يكون المستفيد فيها شخصاً مستقبلياً؟ ليس من الواجب أن تعتبر استثناء وأن تفسر، بهذه الصفة، تفسيراً ضيقاً؟ لقد تبنى المؤلفون الذين عالجوا هذه المسألة مفهوماً توسعياً معتبرين أنه لا مجال للتفريق بين عقد التأمين والاشتراطات الأخرى لصالح الغير⁽⁵⁾، ولا يبدو أن الاجتهاد قد بت بهذه الصعوبة. إن دراسة الاشتراطات لصالح الغير لمصلحة أشخاص معينين غير موجودين ينبغي أن تتيح تأمين عناصر تفكير أخرى.

(1) حكم غرفة المرائض، 7 آذار 1893، المذكور سابقاً، انظر LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 139، صفحة 150.

(2) DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 840، صفحة 211.

(3) انظر على وجه الخصوص LAMBERT، الأطروحة السابقة الذكر، الفقرة 242، صفحة 153. وكذلك DEMOGUE المذكور آنفاً، رقم 841، صفحة 212 - PICARD et BRESSON، المراجع ههنا - PONSARD المذكور سابقاً، رقم 58 وما يليه. وكذلك: H.-L. J. MAZEAUD, Obligations، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، رقم 785.

(4) انظر الرقمين 622 و 623 السابقين.

(5) MARTY et RAYNAUD, Obligations، الجزء I، المعيار، الطبعة الثانية، 1988، رقم 286، قاعدة قانون التأمينات بالنسبة إليها يجب أن تم لأن المادة 908 لا يمكن أن تطبق عندما ينتج التبرع عن اشتراط لصالح الغير. وبمستكان دعماً لرايها بالمادة 1082 من القانون المدني التي تسمح بالاستخدام العقدي لصالح الأولاد الذين سيولدون من الزواج. غير أن هذا النص يمكن أن يفهم كاستثناء للمبدأ -- MALAURIE et AYNÈS Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 676، صفحة 378 - G. LBOIER، المذكور سابقاً، رقم 105 - Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 152، صفحة 350 - Ch. LARROUMET، موسوعة Dalloz، لهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، الاشتراط لصالح الغير، 1976، رقم 22.

626 - الاشتراط لصالح الغير لمنفعة أشخاص معنويين غير موجودين: المبررات في طور الإنشاء.

يبدو أن محكمة النقض، على عكس ما سبق أن حكمت به في ما يتعلق بالاشتراطات لصالح الذين سيولدون، تبنت صحة الاشتراطات لصالح مبرات معدة للإنشاء لاحقاً لوفاة المشتري⁽¹⁾. فما سبق أن رفضته من جهة أعطته من جهة أخرى. وفي الواقع لم تقبل أبداً، على الأقل بصورة مباشرة، الاشتراط لصالح الغير لمنفعة شخص معنوي غير موجود بعد. كانت تفرق بين التبرع بعصر المعنى والمعبء الذي يتخلله⁽²⁾. فالتبرع لا يمكن على الإطلاق أن يفيد منه شخص لم تحبل به الأم بعد، غير أن هذا الشخص يمكن أن يسمى كمستفيد من العبء المفروض على الواعد⁽³⁾.

إذاً يمكن فقط في ما يخص بالمعبء الكلام، احتمالياً، على الاشتراط لصالح الغير لمنفعة شخص مستقبلي. وكان لاجتهاد القرن التاسع عشر نوع من التماسك بخلاف الرأي المعبر عنه عموماً. بيد أنه من غير الأكيد أن اللجوء إلى نظرية الاشتراط يشكل تفسيراً إجمالياً مرضياً.

وبالفعل كان للمشتري في الغالب صفة خلف كلي، مما يضفي عليه صفة متابع للمتوفى⁽⁴⁾. وتعبير آخر كان بليلاً عنه بلا قيد أو شرط⁽⁵⁾. ولا يتم إنشاء المبرات إذاً عن طريق تقنية الاشتراط لصالح الغير طالما أن الإرالية المستعملة لا تتوسل ثلاثة أشخاص بصفات مختلفة. ولم يكن المدين بالعبء ملزماً امتداداً إلى الاشتراط لصالح الغير وإنما بسبب الصفة الكلية للنقل⁽⁶⁾. ولأن الموهوب له أيضاً كانت له صفة الخلف الكلي كان من المعقول أن يمتص العبء كلية موجودات الإيصاء حتى أن يتجاوزها⁽⁷⁾.

وكان الاجتهاد أخيراً يلجأ فقط إلى حيلة لإتاحة إنشاء المبرات الذي يتعذر تفسيره عن

(1) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 141، صفحة 153، ولا سيما الفقرة 326 وما يليها، صفحة 358 وما يليها. M. PICARD، *La stipulation pour autrui et ses principales applications*، أعمال رابطة E. Capitant، الجزء VII، 1952، صفحة 272. وكذلك: DEMOGUE، الجزء VII، رقم 842، صفحة 214.

(2) MARTY et RAYNAUD، المرجع عنه.

(3) انظر LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 335 وما يليها، صفحة 372 وما يليها. النقض المدني، 21 حزيران 1870، S. 70، 1، 367، تقرير DAGALLIER، D.P. 1871، 1، 97 - حكم غرفة المرافض، 8 نيسان 1974، S. 24، 1، 258، D. 76، 1، 225 - النقض المدني، 5 تموز 1886، D. 90، 1، 241، وبناء على إحالة حكم محكمة استئناف Angers، 22 حزيران 1887، S. 92، 1، 241 - حكم محكمة استئناف باريس، 17 تموز 1926، D.P. 1928، 2، 121، تعليق SAVATIER.

(4) انظر DECOTIGNIES، R.، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، الخلف، رقم 8.

(5) انظر أيضاً CARBONNIER، Obligations، الجزء IV، الطبعة السابعة عشرة الفقرة 128 والفقرة 322.

(6) انظر CARBONNIER المذكور آنفاً، الفقرة 118.

(7) انظر LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 240، صفحة 375 و صفحة 378.

طريق تقنية الاشتراط لصالح الغير⁽¹⁾، ولم يكن ذلك عن طريق الإسناد إلى الهيئات مع أعباء وحسب. فهل يعني ذلك القول إن الاشتراط لصالح الغير الموجه مباشرة إلى مبرة مستقبلية هو مستحيل؟ لقد جرى ادعاء ذلك⁽²⁾.

إن هذا الجدل أصبح بلا فائدة. وبالفعل يجيز قانون 4 تموز 1990، الذي أنشأ مبرات المساواة وعدل أحكام قانون 23 تموز 1987 حول إنماء رعاية الآداب والعلوم والفنون المتعلقة بالمبرات، الإيصاء لصالح مبرة غير موجودة⁽³⁾. فالمادة 18 - 2 من قانون عام 1987 تنص على أن «الإيصاء يمكن أن يكون لصالح مبرة غير موجودة في يوم فتح التركة شريطة أن تحصل، بعد معاملات التأسيس، على الاعتراف بالمنفعة العامة». وتحدد الفقرة الثانية من النص عنه أن: «الاعتراف بالمنفعة العامة ينبغي، تحت طائلة بطلان الإيصاء، أن يودع السلطة الإدارية الصالحة في السنة التالية لفتح التركة».

يقتضي إذاً أن يكون من الممكن اليوم الاشتراط لصالح مبرة معدة للتأسيس طالما أنه يمكن أن تكون مستقبلية من إيصاء ما⁽⁴⁾. ومن المشكوك فيه، بما أن القانون رفع العقبة الرئيسية أمام إنشاء المبرة باستبعاد تطبيق المادة 906 من القانون المدني، أن يكون اللجوء إلى تقنية الاشتراط لصالح الغير كثير الاستخدام.

هل يمكن مع ذلك تعميم هذا الحل وقبول أن جميع الاشتراطات لصالح أي شخص معنوي، غير الموجود في يوم الاشتراط، ينبغي إعلانها مشروعة؟

لا شيء أقل تأكيداً من ذلك. وبالفعل، في عرف محكمة النقض، أن المادة 906 من القانون المدني التي تحظر التبرعات لصالح أشخاص غير موجودين هي مبدأ أساسي لقانوننا. وقد أكدت ذلك، قبل قانون 4 تموز 1990، في حكم مبدئي صدر في 27 تموز 1987⁽⁵⁾: «ينجم عن المادة 906 من القانون المدني التي تجسد المبدأ الأساسي الذي بمقتضاه لا يمكن أن توجد حقوق بدون أهل للمحق أن الإيصاء إلى إحدى المبرات في يوم وفاة المتصرف باطل». إن محكمة النقض طبقت على الأرجح القول المأثور الاستثناء يجب أن يكون غني حدود القانون.

(1) على نقض ذلك، LAMBERT، الأطروحة الآتفة المذكورة.

(2) قارن بـ J. LEONNET، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية V المبررة، 1972، رقم 38.

(3) انظر: Ch. DEBBASCH، Le nouveau statut des fondations: fondations d'entreprises et fondations classiques، D.1990، العرض، XLVII، صفحة 269 وما يليها.

(4) انظر DEBBASCH، Ch.، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، المبرات، 1992، رقم 64 وما يليه.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 تموز 1987، النشرة المدنية، I، رقم 258، صفحة 187.

وهذه الاعتبارات تنبج أيضاً حتى حالات الاشتراط لصالح أشخاص طبيعيين غير موجودين⁽¹⁾.

وتعتبر آخر ينبغي، في غياب أحكام شاذة، أن يكون الغير موجوداً في يوم تكوين الاشتراط لصالح الغير.

الفقرة 2 - مفاعيل الاشتراط لصالح الغير

627 - تنشأ ثلاث علاقات قانونية في ما يتعلق بعملية مثلك بين ثلاثة أشخاص. تختص الأولى بالواعد والغير المستفيد، والثانية بالواعد والمشتروط، والثالثة بالمشتروط والغير المستفيد.

I - العلاقات بين الواعد والغير المستفيد

628 - يمتلك الغير المستفيد منذ إبرام العقد حق دين مباشر ضد الواعد، بيد أن هذا الحق هو في تبعية العقد الصادر عنه.

1 - حق الدين المباشر ضد الواعد.

629 - ينشئ الاشتراط لصالح الغير حقاً لصالح المستفيد. ويمثل هذا الحق خاصية أن يكون جديداً ومباشراً ضد الواعد، قيل أن يعلن الغير إرادته في الإفادة منه. على أن قبوله لا غنى عنه لتوطيد هذا الحق.

630 - أهاد الاجتهاد الأحداث لمحكمة النقض النظر في المبدأ الذي بمقتضاه يكتب الغير المستفيد حقاً دين (حر وخالص من أي أهاءة)⁽²⁾.

كانت محكمة النقض لمدة طويلة تحكم بأن «الاشتراط لصالح الغير لا ينشئ سوى حق لصالح الغير وليس إلقاء عبء موجب على عاتقه مشروط خارجياً عنه»⁽³⁾. إن قراءة حرفية

(1) انظر الرقم 625 السابق.

(2) B. STARCK، المجلد 2، الطبعة الثانية، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1277، صفحة 444، لم يؤكد المؤيدان في الطبعة الثالثة (رقم 1277) هذا المبدأ بالنسبة إلى التطور الاجتهادي، وكذلك في الطبعة الرابعة (رقم 1338، التذكير بالفائدة القديمة). أضيف إلى ذلك: L. AYNÈS، La cession de contrat، أطروحة في باريس، 1984، منشورات Economica، مقدمة P. MALAURIE، رقم 179، صفحة 130. FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 3، صفحة 4.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 نيسان 1973، النشرة المدنية، III، رقم 273، صفحة 197، D. 1974، 21، تعلين Ch. LARROUMET نفوس Defrénois، 1974، البند 30547، صفحة 291، ملاحظة J.-L. AUBERT. حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1978، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة IV، 72.

لسبب التصريح هذا تقود إلى الأخذ بأن الاشتراط لصالح الغير كان غير قابل لوضع دين على عاتق المستفيد. وهذا المبدأ، المؤيد عموماً، كان مسوّغاً بالرجوع إلى قاعدة المفعول النسبي للعقود وإلى الحرية الفردية، إذ لا يستطيع أحد الدخول في كرة حرية الغير للاعتداء عليها⁽¹⁾.

على أن بعض المؤلفين نادى بالاعتراف للاشتراط لصالح الغير بوظيفة أكمل. فيمكن أن يكون عند ذلك «نمطاً عاماً لتكوين العقود لحساب الغير»⁽²⁾. ذلك كان رأي Demogue في عام 1933⁽³⁾. والاشتراط لصالح الغير في هذا المفهوم قابل لوضع دين على عاتق الغير.

ولم يكن لهذه الاقتراحات حتى حقة حديثة أي صدى لدى الاجتهاد. ولم يكن من المقبول وضع دين على عاتق الغير حتى صدور حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض في 21 تشرين الثاني 1978⁽⁴⁾.

كانت إحدى شركات نقل الأموال (SPS)⁽⁵⁾ قد تعهدت بوضع عربات مصفحة في تصرف أحد المصارف (CCF) لتلقي ناتج إيرادات أحد المخازن (SOGARA) وإرسالها. وقد سرت الأموال في إحدى المرات فادعت الشركة SOGARA على الناقل لدفع المعلن والضرر، وأخذ قضاة الواقع بهذا الادعاء إذ رأوا أن الاتفاقية المبرمة بين المصرف والناقل تحوي اشتراطاً لصالح الغير ولمصلحة الشركة SOGARA.

وتقدم الناقل بطلب للتفويض، وتمك، على وجه الخصوص، بأن الاشتراط لصالح الغير يمكن فقط أن ينشئ حقاً لصالح الغير بدون أن يضع على عاتقه عبء موجب، ولم تكن الحال كذلك طالما أن الشركة SOGARA عليها تسديد ثمن النقل.

وردت محكمة النقض سبب الطعن بحجة أن محكمة الاستئناف «تمكنت من اعتبار العقد (بين CCF و SPS) ينشئ حقاً لصالح الشركة SOGARA ومن قبول أن هذه الاتفاقية المبرمة لصالح CCF ولصالح SOGARA تحوي اشتراطاً لصالح الشركة SOGARA، ولا يستبعد واقع أن العقد يضع تسديد الفوائد على عاتق SOGARA التي قبلت ذلك وجود اشتراط لصالح الغير».

(1) انظر الرقم 619 السابق والتعليقات.

(2) FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 106، صفحة 140.

(3) Obligations، الجزء VII، رقم 864. ومن المهم ملاحظة أن المؤلف لا يدرس حق المستفيد وإنما «حقوق الغير المستفيد ومجباته» (رقم 807، صفحة 173) ويرى أن «الغير ملزم بالأعباء المتلازمة مع الحق الذي قبله» (رقم 812، صفحة 182، مستشهداً فقط لدعم هذا التأكيد بحكم أجنبي: Egle، 23 أيار 1869).

(4) النشرة المدنية: I، رقم 358، صفحة 278؛ D:1979، 363 من التقرير، ملاحظة M. VASSEUR، 1980، D:1980، 369، ملاحظة C. CARREAU؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، IV، صفحة 137؛ 1980، II، 19315، تعليل RODIÈRE؛ لهرمس Defrénois، 1979، صفحة 1176، ملاحظة J.-L. AUBERT، وكذلك G. VENANDET، La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers. وكذلك، 1989، I، 3391، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة Not، I، صفحة 11.

وكان هذا الحكم موضع انتقاد. أنه يتكرر للخصائص الأساسية للاشتراط لصالح الغير ولا سيما تطلب توافق الإرادة الضروري بين المشتراط والواعد، وهذا التوافق لا يستخرج من أسباب التصويب التي تبنتها محكمة النقض. كما أن المحكمة بالتسك بمفهوم المصلحة تبنت مفهوماً قديماً لشروط الاشتراط لصالح الغير. والمحكمة، فضلاً عن ذلك، حذلت المستفيد عبه دين. وتكررت المحكمة أخيراً للطابع الحقيقي لعقد النقل وهو عقد ثلاثي الأشخاص بمنجى بطبيعته وبنقته من أحكام المادة 1165 من القانون المدني، ويتميز عن الاشتراط لصالح الغير وبرابطة الغير بصورة أكثر ويدفع أكبر في سياق مختلف مراحل، ويتوافق مع تضامن المصالح الملمحة⁽¹⁾.

غير أن أحد المؤلفين سوّخ هذا الحكم ببيان أن ثمة علاقة عقدية مزدوجة، من جهة أولى بين المشتراط والغير المستفيد، ومن ثانية بين الواعد والغير. والحال أن الدين على عاتق الغير ناجم عن العقد الأول مما لا يتعارض مع أن يتراكم إشتراط لصالح الغير مع هذه العلاقة العقدية⁽²⁾.

من الصحيح، في مفهوم تقليدي للاشتراط لصالح الغير، أن هذا الحكم يبدو متطوياً على مغالطة، غير أنه يمكن أن يعتبر حكم حالة خاصة. بيد أن محكمة النقض، في حكم آخر صدر في 8 كانون الأول 1987⁽³⁾، استمرت في هذه الطريق.

فقد باعت Safer de Lorraine، في عقد بتاريخ 5 تشرين الأول 1972، السيدة Lebert قطعة أرض. وكان العقد يحوي تعهد الشارية بأن تهب ابنها Jaques Lebert قطعة الأرض، خلال خمس سنوات، شرط أن يحتفظ بالعقار مدة خمس عشرة سنة وأن يستثمره شخصياً. وفي عقد آخر في اليوم نفسه تم تأجير العقار للسيد Jaques Lebert الذي ترك الاستثمار لاحقاً. وفي أول كانون الأول 1978 باعت السيدة Lebert ثانية Safer العقار. فادعى ابنها في عام 1979 عليها بأن تدفع، بصفة تعويض، قيمة العقار الذي كان من المفروض أن يتلقاه كهبه. وأخذت محكمة استئناف نانسي بهذا الادعاء بالحكم بأن المدعي كان المستفيد من اشتراط لصالح الغير.

وقدمت السيدة Lebert طعناً لنقض الحكم، وتمسكت في الفرع الأول من دعمها بأن فالعقود لصالح الغير باطلة وأن الاشتراط لصالح الغير، إذا كان من الممكن أن ينشئ حقاً لصالح الغير، فلا يمكن أن يلقي على عاتقه موجباً ولا أن يفرض عليه تعظييرات تشتراط

(1) ملاحظة C. CARREAU، المرجع عنه. أضيف إلى ذلك Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 162، صفحة 374.

(2) ملاحظة J.-L. AUBERT، المرجع عنه.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 343، صفحة 246. وكذلك D.R. MARTIN، La stipulation de contret pour، صفحة 145 وما يليها من العرض.

خارجاً عنه، والاشتراط لصالح الغير بالتالي لا يمكن أن يكون موضوعه وعداً بالمهبة لصالح الغير «مقترباً بعبء» وبيند لأقابلية التصرف مشترطين خارجاً عنه».

وجرى رد الطعن بحجة أن «الاشتراط لصالح الغير لا يستبعد، في حالة قبول المستفيد، أن يكون ملزماً ببعض الموجبات؛ وأن السيدة Lebert، إذ قبلت، بعد أن رفضت، كما تعهدت به، أن تعطي قطعة الأرض ابنها الذي أبدى نيته في حيازتها ولجأت على العكس إلى بيعها، سببت له ضرراً عليها التعويض عنه». وخلصت محكمة النقض إلى القول «إن محكمة الاستئناف اعترفت بصواب بصحة هذا الاشتراط لصالح الغير». إذن أيدت محكمة النقض، قانوناً، محكمة الاستئناف في قبول صحة الاشتراط لصالح الغير مع صبه. ومن المعروف، بالفعل، أن عبارة «بصواب» تعني أن محكمة النقض مارست رقابتها القانونية على تحليل الحكم المحال إليها⁽¹⁾.

وأخيراً قبلت محكمة النقض - على الأقل الغرفة المدنية الأولى - صحة الاشتراط لصالح الغير مع وضع دين على عاتق المستفيد، مما يقود إلى التفكير في أن الاشتراط لصالح الغير يتيح إبرام عقد لصالح الغير.

631 - يتيح الاشتراط لصالح الغير مع صبه إبرام عقد حقيقي لصالح الغير.

إن التحقق من هذا التأكيد يفترض تعريف مفهوم «العقد لصالح الغير» سبقاً. وفي عرف أحد المؤلفين، «إبرام عقد لصالح الغير يعني إبرام اتفاقية بعض مفاعيلها على الأقل مخصص لشخص غائب عن إبرامه»⁽²⁾. ويتطلب هذا التفريق التحديد بدقة ذلك بأنه قابل لمعانٍ عديدة.

ربالفعل يمكن الاستنتاج منه أن العقد لصالح الغير يقتصر مفعوله على وضع الغير مكان أحد المتعاقدين الأصليين⁽³⁾. ويمكن، على العكس، التقدير، بدون العمل عن طريق الاستبدال، أن الغير يتخذ صفة مختلفة عن صفة كل من المتعاقدين الأصليين. ويكون الرباط القانوني الناشئ عن العقد عندئذ متميزاً عن الرباط الموجود سابقاً، ولو كان ذلك خارج وجوده وبدون رضاه. إنه ينضم، في شكل، ما إليه بدون أن يكون ملتبساً معه. ويتغير آخر لا يأخذ الغير مكان الواعد مع علاقته بالمشترط. ويبقى حصراً مرتبطاً بالواعد، غير أن العلاقات الملزمة تامة بمعنى أن موجباً ما يضاف إلى الحق الذي يملكه. ويغدو مفهوم العقد لحساب الغير أكثر حصراً. إن له وصفاً وسيطاً بين العقد لصالح الغير عن طريق الاستبدال،

(1) انظر المدخل العام، رقم 469.

(2) G. FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 1، صفحة 1.

(3) إنه التحليل الذي اعتمدته السيدة AYNÈS (الأطروحة السالفة الذكر، رقم 169، صفحة 125، ولا سيما الرقم 186، صفحة 134) وفي عرقه أن الغير فريق متعاقد. والوسيط الذي انتقد إلى القيام بدوره في تكوين العقد مع الغير يمتنع، في النهاية، عندما يوافق هذا الغير على العملية. غير أن المؤلف يستبعد من هذا الرسم البياني الاشتراط لصالح الغير طالما أن الغير المستفيد، في عرقه، لا يكتسب صفة المتعاقد.

التنازل عن العقد⁽¹⁾، على افتراض أن هذا التنازل ممكن⁽²⁾، والعقد المتعدد الأشخاص، وهذا التعريف للعقد لصالح الغير هو الذي سيتم تبينه.

ويمكن بالفعل، في هذه الرؤية، الأخذ بأن الاشتراط لصالح الغير يحقق عقداً لصالح الغير. ويبدو، فضلاً عن ذلك، أنه الوضع الذي أتاح الفرصة لحكم 21 تشرين الثاني 1978⁽³⁾، وإذا ما استبعدنا التفسير المستخرج من العقد بين SOGARA والنقل SPS بأنه لا شيء يدعو إلى الافتراض في قراءة الحكم وكذلك الوصف المدعى به المتحدر من عقد ثلاثي الأشخاص الذي لا يشكل موضوع أي سبب تسوية نتيجه أن الغير المستفيد لم يتم استبداله بالواعد ولم يكن ملزماً تجاه المشتري.

وبالفعل لم تكن الشركة SOGARA ملزمة إلا تجاه SPS (الواعد) وليس تجاه المصرف، وبالعكس هذا المصرف لم يكن ملزماً بأي موجب تجاه المستفيد، وكما سبق قوله لا شيء يبرهن على أن الموجب الملحق على عاتق المستفيد بالتعويض عن النقل فرضه المصرف مباشرة.

ويمكن إبداء ملاحظات مماثلة في ما يخص بحكم 8 كانون الأول 1987. إذن يمكن أن نخلص إلى أن الاشتراط لصالح الغير يتيح إنشاء عقود لصالح الغير⁽⁴⁾. والغير يكتسب صفة المتعاقد لا صفة المتعاقد المستبدل.

بيد أن أحكام المادة 1165 من القانون المدني تنعاض مع توسع طبيعة الاشتراط لصالح الغير هذه. وبالفعل تنص هذه المادة على أن الاتفاقيات ولا تضر بالغير ولا تفيد إلا في الحالة الواردة في المادة 1121⁽⁵⁾. إن هذه الصياغة تستبعد إمكانية اشتراط دين على عاتق الغير الأجنبي عن العقد ولو كان مقابل دين له⁽⁶⁾. وينبغي بالتالي الاعتراف بأن الاجتهاد يعتمد عن حرفة القانون. ويقتضي إبداء أنه، بدون قبول الأسلوب بشكل غير مباشر، لم يهتم بحرفية النص في القرن التاسع عشر عندما بسط مجال الاشتراط لصالح الغير.

وتجدر الملاحظة، أياً كانت وجهة النظر هذه، المهمة مع ذلك لأنها تقحم دور الاجتهاد في تكوين الحق⁽⁸⁾، أن محكمة النقض يبدو أنها طرحت معايير لصحة العقد لصالح الغير في حكم 1978.

(1) لا يتعلق الأمر بالفعل بتحقيق علاقة في العقد (انظر AYNES، L)، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 178 وما يليه، صفحة 129 وما يليها)، وهذا ما يعجز عنه، بالإضافة إلى ذلك، الاشتراط لصالح الغير، وفي رسمه فقط إنشاء عقد جديد بين مختلف الفرقاء.

(2) انظر الرقم 693 اللاحق.

(3) المذكور سابقاً رقم 30 والتعليق عليه.

(4) يجب أن يستبعد من التعابير المستخدمة تعبير الحساب الغير الذي يشير إلى الوكالة مما لا يتوافق إلا مع فُرصة عقد لصالح الغير عن طريق الاستبدال، إذ يعني الموكيل أمام شخص المتعاقد.

(5) انظر في هذا الاتجاه Cb. TARROUMET، Les obligations: le contrat، رقم 825. على أن المؤلف يرى، عندما يبدو قبول الغير ضرورياً، أن الأمر لا يتعلق في الحقيقة بوعده لصالح الغير، رقم 807 مكرر.

(6) انظر حول هذه المسألة المدخل العام، رقم 438 وما يليه.

وبالفعل جرى الإسناد إلى مصلحة المشتراط التي هي أحد شروط الاشتراط⁽¹⁾، وكذلك إلى مصلحة الغير المستفيد. وهذا الترف في الحكم يدعو إلى التفكير، ذلك بأن محكمة النقض، كما رأينا⁽²⁾، لا تمارس تجاه هذا المفهوم سوى رقابة مقلصة. وهذا الإسناد إلى «مصلحة مشتركة» يمكن تفسيره عندئذ كشرط لصحة العقد لصالح الغير، مما يتيح تحديد مجاله. فيبدو مما لا غنى عنه بالتالي أن تكون للمشتراط والغير المستفيد مصلحة مشتركة في تحقيق العقد الذي اكتتب به الواعد، مما يفترض أن تكون معروفة من الفريقين ومتماثلة. إن مصلحة المشتراط وحده، من طريق الاستدلال بالفسد، إذا كان في وسعها إضفاء الصحة على الاشتراط لصالح الغير، فلا يمكنها أن تنشئ عقداً لصالح الغير حتى ولو كانت للواعد شخصياً مصلحة في هذا العقد.

ثم تورد محكمة النقض بعد ذلك أن العبء المفروض على المستفيد تم قبوله. وهذا الشرط يسمح باستبعاد الاعتراض بأن العقد لصالح الغير الذي يقتبس مثال الاشتراط لصالح الغير يكون خطراً على حرية الغير، فهذا الغير له الحق دائماً في رفض الإفادة من الإشرط وبالتالي من العقد، وإذا وضعنا في مفهومنا الاجتهاد المتعلق بالقبول، نلاحظ أن هذا القبول لا يمكن إقراره ويجب أن ينجم عن أعمال تظهر بدون لبس إرادة القبول⁽³⁾.

ويستكن تفسير حكم 21 تشرين الثاني 1978 أخيراً بأنه يضيف الصحة على العقد لصالح الغير تحت شرط مزدوج بأن تشجع المشتراط والغير مصلحة مشتركة وأن يوافق الغير على العبء.

ويقود حكم 8 كانون الأول 1987 إلى رؤية هذا التحليل ثانية. وبالفعل، إذا كان يضيف الصحة دائماً على العقد لصالح الغير، فهو لا يتمسك إلا بقبول الغير المستفيد بدون أن يتطلب مصلحة مشتركة للمشتراط والغير. ولا شك في أنه من المسموح به، بالنسبة إلى وقائع القضية، التفكير في أن مصلحة كهذه كانت موجودة، غير أنه محكمة النقض لا تشير إليها في حين أنها اهتمت بها في حكم 1978. وهذا الإغفال يمكن أن يظهر إرادة قبول العقد لصالح الغير بسخاء وقد تم عن طريق اشتراط لصالح الغير.

إن تقهقر الاشتراط لصالح الغير، في هذه الحالات، ربما لم يكن سوى وقتي. بيد أن محكمة النقض، بقبول أن الغير المستفيد يمكن أن يكون مديناً بموجب تجاه الواعد، تبحث مجدداً في القواعد التقليدية التي ليس بإمكان المستفيد بمقتضاها ممارسة دعوى بطلان العقد حامل الاشتراط لصالح الغير ولا دعوى فسخه⁽⁴⁾ المبنيين على غياب المصلحة فيهما. ومن الأكيد أن له مصلحة بصفته مديناً.

(1) انظر الرقم 611 السابق.

(2) انظر الرقم 613 السابق.

(3) انظر الرقم 633 الألاحق.

(4) انظر الرقم 640 الألاحق.

على أنه لا يبدو أن وجود دين يثقل الحق من شأنه إعادة النظر في الطابع الجديد والمباشر لحق الغير ضد الواعد.

632 - يملك الغير المستفيد حقاً جليداً ومباشراً تجاه الواعد.

من الثابت منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر أن حق المستفيد لم يمر عبر ذمة المشترط المالية على الإطلاق وأنه يدخل منذ إنشائه ذمة المستفيد المالية⁽¹⁾. وقد أيد الفقه بالإجماع هذا الحل⁽²⁾ الذي تعتبر نتائجه العملية هامة جداً.

فهذا الحق، في المقام الأول، لا يمكن أن يخشاه دائنو المشترط طالما أنه لا يشكل قسماً من ذمته المالية⁽³⁾. وهكذا جرى الحكم، قبل قانون 13 تموز 1930، بأن رأس مال التأمين على الحياة (وكذلك علاوات التأمين التي يدفعها المكتسب) الذي تقتبس إوالبته تقنية الاشتراط لصالح الغير كان محتجاً به تجاه مجموعة دائني المشترط⁽⁴⁾. وقد كرس المشرع

(1) النفق المدني، 16 كانون الثاني 1888، D.P.88، 1، S.88، 177، 1، 121، تعليق T.C. - النفق المدني، 8 شباط 1888، يوميات الكتابة العدل، 1888، البند 23990، صفحة 139، S.88، 1، 121، تعليق T.C.، D.P.88، 1، 193، تقرير DARESTE - النفق المدني، 29 حزيران 1896، يوميات الكتابة العدل، 1896، البند 26083، صفحة 588 - النفق المدني، 4 آب 1908، يوميات الكتابة العدل، البند 28456، صفحة 121 البند 28487، صفحة 96، في ما يتعلق برأس مال التأمين على الحياة - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النفق، 12 تموز 1956، D.1956، 749، تعليق J. RADOUANT - حكم الغرفة التجارية في محكمة النفق، أول شباط 1965، مصنف الاجتهادات الدوري 1955، II، 8772، ملاحظة J. HEMARD، D.1956، 338، تعليق M.F. DURAND - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النفق، 8 تشرين الأول 1958، D.1958، 317، تعليق P. ESMEIN - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النفق، 30 تشرين الأول 1969، النشرة المدنية، III، رقم 696 - STARCK (المذكور أيضاً)، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1340 ملاحظة أن إدارة الضرائب وحلها لم تكن تقم وزناً لطبيعة الحق المعطى للغير المستفيد حتى قانون 28 كانون الأول 1969.

(2) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 116 وما يليها، صفحة 121 وما يليها - DEMOGUE، Obligations، الجزء VII، رقم 807 وما يليه، صفحة 173، وما يليها - PLANIOL et FLOUR et AUBERT، السجل VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 362، صفحة 468 - Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 475 - H.L.I. MAZBAUD، Obligations، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، رقم 791 - B. STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المجلد 2، الطبعة الرابعة رقم 1338 وما يليه - PONSARD، مصنف الاجتهادات، الكتابة العدل، البند 1121، الكراسة C.7، رقم 97 ورقم 98 - Ch. LARROUMET، Les obligations، رقم 820 - G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1121 والبند 1122، الكراسة 1، رقم 178 - TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، Obligations، رقم 504، صفحة 386 - M. P. LEVEL، Obligations، LE GALCHER، BARDON، مقدمة F. LEPEVRE، الطبعة الخامسة، تأليف P. LEVEL، رقم 373، صفحة 123.

(3) النفق المدني، 5 شباط 1888، S.88، 1، 121، تعليق T.C.، يوميات الكتابة العدل، 1888، البند 23979، صفحة 136 - حكم محكمة استئناف بوزانسون، 4 آذار 1883، يوميات الكتابة العدل، 1883، البند 23028، صفحة 624.

(4) النفق المدني، 16 كانون الثاني 1888، المذكور سابقاً - النفق المدني، 27 آذار 1888، D.P.88، 1، =

هذه الحلول المتخذة بمبادرة مستقلة⁽¹⁾. ومع أن الاجتهاد لا يعطي مثلاً حديثاً، ينبغي اعتبار أن أي اشتراط لصالح الغير ينحى من الأحجية وبالتالي من البطلان⁽²⁾ الذي يمكن ينال أو يجب أن ينال من بعض العقود المبرمة إبان الفترة المشبوهة.

ورثة المشتري، في المقام الثاني، لا يملكون أي حق في موجودات الإيصاء المخصصة بالمستفيد مباشرة⁽³⁾. ولا يسمعون، في حالة التأمين على الحياة، ادعاء الإفادة من النسبة أو التخفيض⁽⁴⁾. وهذا الحل كرس أيضاً المادة 132-133 من قانون التأمينات في ما يتعلق بالتأمين على الحياة؛ وهو مطبق على رأس المال وعلى علاوات التأمين إلا أن تكون هذه العلاوات مبالغاً فيها بصورة جلية بالنسبة إلى الإمكانيات (إمكانات المشتري)⁽⁵⁾. يتج عن ذلك أن الورث الذي وحه المورث على هذا النحو يرى أن حقه ينحى من ثروة مورثه. وينبغي الاستنتاج من ذلك أن المدول عن الإرث لا يؤدي إلى المدول من الإفادة من الاشتراط⁽⁶⁾.

198. النقض المدني، 14 أيار 1904، يوميات الكتابة العدل، 1804، البند 28235، صفحة 474؛ D.1905، 1، 1165 S. 1904، 1، 385، تعليق Ch. LYON-CAEN. كان الأمر على هذا النحو من حيث المبدأ، بالنسبة إلى علاوات التأمين التي يدفعها المؤمن - المشتري التي لم تكن غير متناسبة مع موارد المشتري. انظر أيضاً: PICARD et BESSON المذكورين سابقاً، رقم 621، صفحة 810.

(1) المادة 69. إن مختلف العمليات التي كان هذا النص موضوعها لم تؤثر في نفعها، إن الصيغة الحالية للمادة 132 - 14 من قانون التأمينات هو التالي: «رأس المال، أو الدخل، المضمون لصالح مستفيد محدد لا يمكن أن يطالب به دائر المتعاقد، ولهؤلاء التأمينات فقط الحق في سداد علاوات التأمين في الحالة المنصرم عليها في المادة 132-133، الفقرة الثانية، استناداً إلى المادة 1167 من القانون المدني أو المادتين 107 و108 من القانون رقم 85-98، 25 كانون الثاني 1985 L. 1985 (D. 1985، صفحة 147) المتعلق بتقويم المؤسسات وتصفيتها». وينبغي إيلاء الملاحظة أن هذا النص، كما في الماضي، لا يستهدف سوى علاوات التأمين وليس رأس المال الذي يدخل مباشرة فمة المستفيد المالية التي ليس لمجموعة الدائنين أي حق فيها. انظر أيضاً لافلور *Traité élémentaire de droit commercial* RUPERT et ROBLLOT، الجزء II، الطبعة الحادية عشرة، 1988، رقم 3118.

(2) المادة 107 والمادة 108 من قانون 25 كانون الثاني 1985.

(3) النقض المدني، 2 تموز 1884، S. 1885، صفحة 1، تعليق STARCK- J. B. LABBÉ، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، السرجع عنه. وتعدد المادة 132-133، من قانون التأمينات بهذا المعنى أن «رأس المال أو الدخل المشروط دفعهما عند وفاة المؤمن لمستفيد محدد أو لورثة ليا جزءاً من ثروة المؤمن». ويفترض أن المستفيد، أي كان شكل النسبة وتاريخها، له وحده الحق فيهما ابتداء من يوم العقد حتى ولو جاء نيوله بعد وفاة المؤمن.

(4) انظر عندما يتعلق الاشتراط لصالح الغير هبة ولا يكون تأييداً على الحياة، الرقم 616 السابق.

(5) جرى الحكم، قبل قانون 13 تموز 1930، بأن رأس المال لم يكن خاضعاً للنسبة (النقض المدني، 29 حزيران 1896، يوميات الكتابة العدل، 1896، البند 28083، صفحة 588). وبالمقابل كانت علاوات التأمين التي يدفعها المشتري قابلة للرد إلى الشركة من قبل الغير المستفيد عندما يكون وريث المشتري إذا لم يتجاوز مجموع العلاوات ورأس المال (النقض المدني، 4 آب 1908، يوميات الكتابة العدل، 1908، البند 28466، صفحة 21، والبند 29487، صفحة 861).

(6) المادة 132-133، من قانون التأمينات تنص صراحة على أن الورثة فيحفظون بهذا الحق في حالة المدول من

على أن الاعتراف بحق مباشر لصالح المستفيد يحدو شكلياً صرفاً إذا لم يكن يملك دعوى. ولذلك يمتنع له بدعوى تنفيذ مستقلة موجهة ضد الواعد⁽¹⁾. وينبغي كذلك الاعتراف له بدعوى مباشرة للتعويض عن الضرر الذي يمكن أن يصيبه بسبب سوء تنفيذ الواعد موجبه⁽²⁾. وممارسة هذه الدعوى تفترض مع ذلك أن يكون قد وافق مسبقاً على الاستفادة من الاشرط.

633 - قبول الغير المستفيد.

عندما لا يضع الاشرط أي دين على عائق المستفيد لا يكون قبوله شرطاً لوجود حقه⁽³⁾ الذي يبقى عارضاً⁽⁴⁾ ذلك بأن المشرط، بموجب المادة 1121 من القانون المدني، بإمكانه الرجوع عن الاشرط حتى القبول وهذا ما ينتج بالاستدلال بالبعد عن أحكام هذا النص ويمقتضاه «من قام بهذا الاشرط لا يسعه الرجوع عنه إذا أعلن الغير إرادة الإنادة منه». لقبول الغير إذاً مفعول توطيد حقه بجعل الاشرط غير قابل للرجوع عنه⁽⁵⁾.

- الإرث. - أضيف إسم ذلك: STARCK، تأليف TERRÉ et SIMLER et ROLAND et BOYER، et LEQUETTE، Obligations، رقم 504، صفحة 386.
- (1) PONNARD المذكور سابقاً، رقم 104 - H.L.J MAZBAUD، Obligations، الجزء II، المجلد الأول تأليف Pr. CHABAS، رقم 791 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول شباط 1855، المذكور سابقاً - حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 4 شباط 1981، النشرة المدنية، V، رقم 103، صفحة 77، الذي أعطى المستفيد الحق في التحقق من استخدام الأموال التي يكون الواعد ملتبساً بها في ما يخصه - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 23 حزيران 1989، النشرة المدنية IV، رقم 184، صفحة 109، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 72، ملاحظة J. MESTRE؛ فهرس Defrénois، 1989، البند 34633، صفحة 1389، ملاحظة J.-L. AUBERT.
- (2) انظر في هذا الاتجاه حكم محكمة استئناف روان، 21 تشرين الثاني 1991، مجلة الاجتهاد وفي القانون الإداري، 1992، رقم 5، صفحة 12 - حكم محكمة استئناف فرساي، 26 حزيران 1991، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 560، ملاحظة J. MESTRE.
- (3) انظر الرقم 619 السابق.
- (4) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 77، صفحة 87 - CARBONNIER المذكور آنفاً، الفقرة 124 - B. STARCK، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1334 - LEGIER المذكور سابقاً، رقم 140 - PLANTOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف BESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 360، صفحة 464 - Ch. LARROUMET، Les obligations: le contrat، رقم 818.
- (5) MARTY et RAYNAUD المذكوران آنفاً، رقم 290 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1976، النشرة المدنية، I، رقم 371، صفحة 289، D.1979، صفحة 401، تعليق BERR و GROUTEL، فهرس Defrénois، 1979، البند 32093، رقم 62، صفحة 1232، ملاحظة J.L. AUBERT - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 أيار 1984، النشرة المدنية، I، رقم 166، صفحة 141 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 حزيران 1989، النشرة المدنية، I، رقم 246، صفحة 196، D.1969، صفحة 544.

ولا يخضع القبول لأي شرط شكلي⁽¹⁾، فيمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً⁽²⁾، ويخضع في هذه الحالة للقانون العام للقبول وينجم عن أعمال تظهر بدون لبس إرادة القبول⁽³⁾. ومع ذلك يبدو تطبيق هذه القاعدة الأخيرة مشكوكاً فيه بالنسبة إلى قبول الاجتهاد اشتراطات مفترضة لصالح الغير⁽⁴⁾، وإنما مع تراجع المفهوم يمكن التأكيد في أي صفة رضا الغير المستفيد تخضع للقانون العام للقبول.

ويمكن، شرط أن لا يكون المشتراط قد رجع عن اشتراطه، أن يتم القبول في أي وقت، حتى بعد وفاة المشتراط⁽⁵⁾ أو قبل بدء إجراء جماعي يكون موضوعه⁽⁶⁾، ويمكن أيضاً أن يصدر عن المستفيد أو عن ورثته⁽⁷⁾.

غير أنه إذا كان قبول المستفيد لا غنى عنه لتوطيد حقه، فليس ثمة أي نص يفرض عليه قبول هذا الحق الذي يبقى حراً في رفضه⁽⁸⁾. ولا شك في أن هذه القاعلة بديهية، ولكنها تتيح بيان حدود مفهوم الاشتراط لصالح الغير في أنها غير قابلة لتفسير إعطاء الغير بعض الحقوق. وبالنظر إلى قبول امتلاك مكتسب الملكية الثاني، على سبيل المثال، دعوى المطابقة ضد الصانع المرتكزة على الاشتراط لصالح الغير يستدعي أن يكون بإمكانه الرجوع عنه وبالتالي المقاضاة عن طريق دعوى تقصيرية. والحال أنه من المعروف أن هذه الدعوى لها

(1) تنص المادة 132 - C. 2، مع ذلك، على أن «إلغاء سبب التأمين المتعاقد عليه، في حالة الوفاة، على المؤمن باطل إذا لم يكن هذا المؤمن قد أعطى رضاه خطياً مع بيان رأس المال أو الدخل المضمون كل منهما». انظر كتطبيق حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 آذار 1982، النشرة المدنية، I، رقم 118، صفحة 103.

(2) حكم غرفة المرافض، 19 كانون الثاني 1932، S. 1932، 1، 328، 97 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 حزيران 1981، النشرة المدنية، J، رقم 337، صفحة 289 - انظر G. LEGIER المذكور آنفاً، رقم 152 وما يليه والاجتهاد الغرير المستشهد به.

(3) هذا ما جرى قوله في بداية القرن، النقض المدني، 25 نيسان 1903، S. 1903، 1، 329، D.P. 1904، 1، 150؛ يرميات الكتابة العدل، 1904، البند 28051، ص 18. وهذا الاجتهاد تأثر كثيراً بالحركة اللاحقة التي أدت إلى افتراض بعض الاشتراطات لصالح الغير. وأخيراً تطلب إرادة لا لبس فيه، ولو كانت ضمنية، بدون موضوع حقيقي.

(4) انظر الرقم 617 السابق.

(5) حكم غرفة المرافض، 27 شباط 1884، يرميات الكتابة العدل، 1884، البند 28274، صفحة 652، S. 86، 422 - النقض المدني، 8 شباط 1888 المذكور سابقاً - PLANTOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف F. ESMERIN المذكوران سابقاً رقم 360، ولا سيما التطبيق 6، صفحة 464.

(6) النقض المدني، 8 شباط 1885، يرميات الكتابة العدل، 1885، البند 25686، صفحة 1336، S. 95، 1، 265.

(7) G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 145.

(8) انظر الفقيهين الشهيرين Lamoricière، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 حزيران 1961، D. 1951، صفحة 717، تعليق RIPERT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، II، 6426، تعليق BÉCQUÉ؛ 1952، 1، 89، تعليق NERSON، Champollion، 23 كانون الثاني 1959، 1959، 281، تعليق RODIÈRE، النشرة المدنية، II، رقم 80، صفحة 50.

بالضرورة طبيعة عقدية⁽¹⁾. ينبغي بالتالي الاستنتاج من ذلك أن مكتسب الملكية الثاني إذا كان في وسعه الرجوع عن حقه فهو لا يستطيع المقاضاة عن طريق أخرى، مما لا يمكن فهمه في رؤية اشتراط لصالح الغير.

وعندما يفرض المشتري موجبات على الغير يكون قبوله اكتسائياً. بيد أن هذه النتيجة لا تبدو أنها تعبد النظر في القواعد المتعلقة بالقبول بحد ذاته.

ب - حق للمستفيد يخضع لتبعية العقد الذي أنشأه.

634 - ينتج حق المستفيد في الدين عن العقد المبرم بين المشتري والواعد. وهو يشكل مصدره الوحيد ومقياسه الوحيد⁽²⁾. وتقود هذه التبعية إلى الاعتراف للواعد بإمكانية الاحتجاج ببعض الاستثناءات ضد المستفيد، وبالعكس إلى أن يرفض للمستفيد إمكانية الاحتجاج بالعلاقات الشخصية التي توحد المشتري بالواعد ضد هذا الأخير.

635 - بإمكان الواعد الاحتجاج في وجه المستفيد بجميع الاستثناءات المنبثقة من العقد الذي ينشئه حقه⁽³⁾.

بإمكان الواعد أيضاً الاحتجاج في وجه المستفيد بأبواب البطلان التي تشوب العقد المولود حقه⁽⁴⁾، أي الأسباب التي يمكن أن يفيد منها ضد المشتري باستثناء تلك التي بإمكان المشتري وحده التمسك بها⁽⁵⁾، كالعيوب التي تشوب رضا على سبيل المثال. ويكتفي، على وجه العموم، عندما يكون البطلان نسبياً فقط، بتحديد من يستطيع التمسك به لمعرفة ما إذا كان محتجاً به ضد المستفيد. وعندما يكون مطلقاً فالباحث عنها لا طائل تحته، إذ يمكن لأي صاحب علاقة الإفادة منه⁽⁶⁾. وبإمكان الواعد كذلك أن يحتج في وجه الغير المستفيد بعدم

(1) انظر الرقم 617 السابق.

(2) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 108 وما يليها، صفحة 115 وما يليها - Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 158، صفحة 363 - B. STARCK، المجلد 2 تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1341 ورقسم 1342 - PLOUR et AUBERT، L'acte juridique، المجلد 1، الموجبات، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 477. وكذلك WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 398، صفحة 698 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 أيار 1955، 1956، D.، صفحة 249، تعليق A. BESSON.

(3) غياب القبول الخطي مثلاً عندما ينص العقد على هذه الكيفية، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 آذار 1992، الشفرة المدنية I، رقم 119، صفحة 103.

(4) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 363 - O. LEGIER، المذكور سابقاً، رقم 191 - Ch. LARROUMET، Les obligations: le contrat، رقم 822 - PLOUR et AUBERT، المذكوران سابقاً، رقم 477 - MALAURIE et AYNÈS، Obligations، الطبعة الرابعة، 1943، رقم 680، صفحة 380.

(5) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 162، صفحة 372.

(6) انظر في هذا الاتجاه DEMOGUE المفكر كلاً، رقم 802، صفحة 171، الذي يرى مع ذلك أن المشتري =

وجود الشرط الذي يتناول العقد الحامل لرفض التنفيذ تجاه المستفيد⁽¹⁾.

بيد أنه من المعروف أن الاشتراط لصالح الغير يمكن أن يندمج في عقد ينتج أيضاً بعض المفاعيل بين المشتراط والواعد لا تتعلق بحق الغير المستفيد⁽²⁾. وتطرح المسألة عندئذ لمعرفة ما إذا كان بطلان العقد كلياً، أي إذا كان يستدعي بطلان موجبات الواعد الشخصية تجاه المشتراط وبطلان الاشتراط أو على العكس، أن يبقى هذا الموجب أو ذاك منها قائماً.

وقد جرى الحكم، في محال التأمين على الحياة، بأن بطلان تسمية الغير المستفيد المحكوم به نظراً إلى لا أخلاقية السبب - يتم الاشتراط بالاكتمال بالتأمين على الحياة من أجل متابعة العلاقات الزناوية مع المستفيد - يقي التأمين الذي تعود فيه موجودات الإيصاء إلى ورثة المشتراط⁽³⁾. وقد أخذ الاجتهاد بإمكانية بطلان جزئي بدون السائل، إضافة إلى ذلك، عما إذا كانت تسمية المستفيد السبب الواضح والحاسم للاكتمال بالتأمين، مما يقود، في حالة الإيجاب، إلى بطلان العملية الكلية⁽⁴⁾.

على أنه لا يبدو أن المحاكم كانت لها مناسبة حل المسألة العكسية مباشرة في ما يخص بالمعاقب على الاشتراط رغماً عن البطلان الذي يمكن أن يطل العقد الذي اندمج فيه⁽⁵⁾. ويمكن التفكير بداهة في أنه ليس ثمة أي سبب لإعطاء حل مختلف. غير أنه من الأدق على الأرجح تجزئة مختلف عناصر العقد المولّد، مع أن العقبة لا تبدو قابلة للتذليل لدى تفحص الاجتهاد الحديث⁽⁶⁾. يبقى أن المتقاضين بإمكانهم دائماً التمسك بأن العملية تشكل كلاً غير قابل للتقسيم وأن كل اشتراط كان السبب الواضح والحاسم لرضاعهم. وهذا البطلان، وفقاً للقانون العام الذي يوسم امتداد البطلان، يجب أن يكون كلياً⁽⁷⁾.

ويقبل الفقه أيضاً، من حيث المبدأ، أن أسباب فسخ العقد المولّد يمكن أن يحتج بها الواعد تجاه المستفيد وكذلك بالدفع بعدم التنفيذ⁽⁸⁾ عندما لا يقوم المشتراط بموجباته تجاه

= يمكن أن يتنازل للواعد من دعوى بطلان نسبي مما يجيز له الاحتجاج بها ضد المستفيد.

- (1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 30 نيسان 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 151، صفحة 148.
- (2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1985، المذكور سابقاً، آخر الرقم 618 السابق.
- (3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1957، D. 1958، 317، تعليق R. BSMERIN.
- (4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 51، صفحة 42.
- (5) انظر ملاحظات ESMEIN على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1957، المذكور سابقاً.
- (6) انظر مع ذلك الرقم 856 اللاحق وما يليه في ما يتعلق ببطلان البند الذي يملن فيه البائع أو الشاري الاحتفاظ بإمكانية استبدال الغير في تنفيذ وعد بالبيع عندما لا يكون هذا الوعد مسجلاً خلال عشرة أيام من قبوله.
- (7) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1985، المذكور سابقاً، انظر الرقم 816.
- (8) انظر تلاشي العقد.
- (9) انظر الرقم 636 اللاحق حول إمكانية المشتراط في أن يحتج تجاه الواعد بلطف عدم التنفيذ الذي يبدو مستحيلاً اليوم بالنسبة إلى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 4 حزيران 1985. تصبح، فضلاً عن ذلك، إمكانية الواعد في أن يحتج في وجه المستفيد بالطف بعدم تنفيذ العقد.

الواعد⁽¹⁾، على أنه يجري التفرين كقاعدة عامة حسيماً يكون الفسخ قد تم قبل قبول المستفيد أو حسيماً يكون عدم التنفيذ المأخوذ على المشرط جرى التمسك به بعد هذا القبول. ليس من شك في الحالة الأولى في أن حق المستفيد غير موجود⁽²⁾. وبالتالي فإن قبولاً لاحقاً لا يمكن أن يعطي النبر حقاً ألغاه هو نفسه. وبالمقابل، عندما يكون المستفيد قد قبل الاشتراط، لا يمكن التردد في الحل الواجب إعطاؤه، بسبب الطابع المباشر للحق وغياب علاقة قانونية بين المستفيد والمشرط⁽³⁾. ومن المقبول اليوم أن أسباب فسخ العقد الأصل يمكن أن يحتج بها الواعد في وجه المستفيد، شريطة أن يستدعي هذا المستفيد إلى الدعوى الموجهة ضد المشرط⁽⁴⁾. وببني أحد المؤلفين وضماً أكثر صلابة إذ يرى أن النفع الذي يتسك به الواعد يجب أن يكون موجهاً «بشكل غير مباشر للمرة الأولى» ضد المستفيد⁽⁵⁾. على أن بإمكان المستفيد استبعاد الدفع بأن يكون بديلاً عن المشرط تطبيقاً للمادة 1236 من القانون المدني⁽⁶⁾.

636 - لا يستطيع المستفيد أن يتدخل في علاقات الواعد - المشرط الأجنبية عن الاشتراط لصالح الغير.

مما لا يعقل أن يتمكن المستفيد من أن تكون له مصلحة في الإنادة من العلاقات العقدية التي توحد الواعد والمشرط، وعلى وجه الخصوص عندما يفرض عليه الاشتراط موجبات معينة. فتوقف حق المستفيد على العقد المنشئ للاشتراط لصالح الغير، وليس على الفحوى العام للعلاقات بين الواعد والمشرط⁽⁷⁾. فلا يسع المستفيد إذا التمسك بهذه العلاقات، والواعد، على العكس من ذلك. لا يستطيع إخضاع تنفيذ تعهده للشروط التي تتناول موجهاته الخاصة تجاه المشرط.

(1) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المرجع عنه G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 201 وما يليه - FLOUR et AUBERT، المذكوران سابقاً، رقم 477 - PONSARD المذكور سابقاً، رقم 111 وما يليه.

(2) PONSARD المذكور سابقاً، رقم 113.

(3) انظر الرقم 640 اللاحق.

(4) PONSARD المذكور سابقاً، رقم 118 - DEMOUEBÉ المذكور سابقاً، رقم 803، صفحة 172 - G. LEGIER، المذكور سابقاً، رقم 203.

(5) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 163، صفحة 375: «لا يستطيع الواعد الاحتجاج ضد المستفيد بالدفع ووسائل الدفاع الناجمة عن العقد المبرم مع المشرط إذا لم يحتج بها مباشرة للمرة الأولى، وإنما يتسك من أجل ذلك بعقد مبرم مع المشرط أو بحكم قضائي صدر بناء على طلب ضد المشرط» كذلك رقم 164، صفحة 376 والموجبات: العقد رقم 822.

(6) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المرجع عنه G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 202. وتحدد المادة 132-139 في مجال التأمين أن كل صاحب علاقة بإمكانه أن يحل محل المتفاد لدفع علاوة التأمين.

(7) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 162، صفحة 375.

إن الحكم الصادر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض في 4 حزيران 1985⁽¹⁾ واضح تماماً: لا يستطیع المستفيد من اشتراط لصالح الغير الإفادة من بند تحكيم يربط فقط الواعد بالمشترط. إنه يفرض التفريق بين هذين النموذجين من العلاقات ويدعو قضاة الأساس إلى البحث عن الامتداد الصحيح لحق المستفيد. وجرى الحكم، فضلاً عن ذلك، بأن قبول المستفيد عقد تأمين على الحياة ليس له مفعول إضفاء صفة المكتسب⁽²⁾. فليس المستفيد إذاً قريباً في العقد الذي انبثق حقه عنه ولن يصبح كذلك بقبوله.

ويمكن أن ينشئ وجود علاقتين عقديتين، قابلتين للانقسام إلى حد ما، بعض الصعوبات عندما يتم حل أحدهما. وقد سبق أن صادفنا هذه المسألة في صدد امتداد البطالان⁽³⁾. ولاحظنا أن البطالان الذي يطال علاقة عقدية واحدة لا يستوجب، بجده ذاته، بطلان العلاقة الأخرى. فهل الأمر على هذا النحو في ما يختص بالفسخ؟

حسب قراءة معينة للمادة 1220 من القانون المدني، عندما يندمج الاشتراط لصالح الغير في عقد ينتج مفاعيل بين المشترط والواعد يقتضي التمسك ببطلان فسخ كلي. وبالفعل جرى الحكم بأن الموجب القابل للانقسام يجب أن ينفذ بين الدائن والمدين كما لو أنه غير قابل للانقسام، ولا يسع البائع الحصول على الفسخ الجزئي، تطبيقاً لبند فسخ، لبيع ثم إجراؤه بمقتضى العقد ذاته، لقاء ثمن إجمالي، ويتناول أموالاً متميزة⁽⁴⁾. والفسخ، بخلاف النظام القانوني الذي يوسم امتداد البطالان، هو دائماً كلي سواء أكان مصدره علاقات المشترط بالواعد أو الواعد بالمستفيد.

إن هذا التحليل يتعرض للنقد. وبالفعل يمكن تفسير المادة 1220 من القانون المدني بأنها تختص فقط بالموجبات التي ينشئها عقد واحد، ويجب أن تعتبر غير قابلة للانقسام أيما كانت إرادة الفريقين. ولا يبدو إذاً أن المادة 1220 يجب أن تطبق على تنسيق بين عقود يقتضي مع ذلك، مع أنها تكميلية، أن تعتبر مستقلة سنداً لمبدأ المفعول النسبي للعقود. وإذا كانت الموجبات القابلة للانقسام ناشئة عن عقد يجب أن تنفذ كما لو كانت غير قابلة للانقسام، فإن هذه القاعدة لا تطبق إلا على الموجبات المنبثقة عن عقد وتترك خارج حقلها تطبيق الموجبات المنبثقة عن عقد آخر. ويلاحظ بموجب هذا التفريق أن الاشتراط لصالح الغير أجنبي عن مجال المادة 1220 من القانون المدني طالما أن العقد، حامل الاشتراط، مستقل بالنسبة إلى العلاقات الموجودة بين المشترط والواعد⁽⁵⁾. وقد استندت محكمة النقض إلى المادة 1165 من القانون المدني عندما يتعلق الأمر بالتفريق بين هذين النموذجين من

(1) المذكور سابقاً، انظر الرقم 618 السابق.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 أيار، 1984، النشرة المدنية، II، رقم 166، صفحة 141.

(3) انظر الرقم 635 السابق.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 نيسان 1986، النشرة المدنية، III، رقم 45 صفحة 35.

(5) انظر الرقم 618 السابق.

العلاقات⁽¹⁾، مما يبرهن على أنه لا يوجد أي تداخل بينهما ما عدا بالطبع الإمكانية المترتبة للفرعيين في إعداد العقد الحامل. وليس للمادة 1220 دور إلا في هذه الحالة. ففسخ العقد إذا الذي يوتخد المشترط بالواعد من حيث المبدأ، عندما يكون موجوداً، هو بدون مفعول تجاه وجود الاشتراط الذي يبقى صحيحاً، ذلك بأن العقد الحامل لا يفسخ آلياً بسبب زوال العلاقات بين الواعد والمشتري والعكس بالعكس⁽²⁾.

II - العلاقات بين الواعد والمشتري

637 - يملك المشتري، حق قبول الغير المستفيد، امتيازات واسعة. فبإمكانه على وجه الخصوص العدول عن الاشتراط. وعند قبول الاشتراط له الحق في التأكد من تنفيذ الاشتراط، وإمكانه، بصورة خاصة، ممارسة دعوى التنفيذ.

638 - امتيازات المشتري قبل قبول المستفيد.

حق العدول هو الامتياز الرئيسي للمشتري. فحسب أحكام المادة 1121 من القانون المدني⁽³⁾ «من قام بهذا الاشتراط لا يمكنه العدول عنه إذا أعلن الغير إرادة الإفادة منه». وقد طرحت مسألة معرفة ما إذا كان هذا الحق يؤدي أيضاً إلى مجرد سلطة تعديل. بعض المؤلفين لا يقبل ذلك في غياب رضا الواعد⁽⁴⁾. وهذا الرأي يحمل على الانتعاج لأن للاشتراط لصالح الغير أساس عقدي. والامتياز الذي أعطاه القانون للمشتري، فضلاً عن ذلك، غير مألوف بالنسبة إلى القانون العام بكونه يتيح لواجد من المتعاقدين الرجوع عن التمسك، على عكس الأحكام العامة للمادة 1134 من القانون المدني التي لا تجيز الرجوع عن اتفاقية إلا بالرضا المتبادل بين المتعاقدين⁽⁵⁾.

ويأخذ الفقه أيضاً بأن هذا الحق الأحادي الجانب ليس مطلقاً وأن ثمة بعض الأوضاع التي يكون فيها رضا الواعد لا غنى عنه رغم أن نص المادة 1121 من القانون

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1985 المذكور سابقاً.

(2) يقدر بهذا المعنى أن الرجوع عن الاشتراط لصالح الغير لا يؤدي آلياً إلى الرجوع عما سبق إبرامه بين المشتري والواعد، FLOUR et AUBERT، المذكوران سابقاً، رقم 478.

(3) PONCART، المذكور سابقاً، رقم 139 - AUBRY et RAU، الفقرة 343 ثلاثاً والتعليق 25. بالنسبة إلى رأي أكثر ثباتاً: DEMOGUE، المذكور سابقاً، رقم 788، صفحة 156، الذي يرى أن المشتري بإمكانه إنقاص حقوق المستفيد وبالتالي امتداد موجب الواعد، وليس في وسعه أن يقاتلها من جانب واحد. انظر أيضاً G. LEGIER، المذكور سابقاً، رقم 139. عندما يقبل المستفيد الاشتراط لا يستطيع المشتري ولا الواعد تعديل امتداد حق المستفيد بدون رضا. فارتد بحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، 1، رقم 371 Dalloz 1979، صفحة 401، تعليق BERR. J.L. GROUTEL et فرانس Doffnois، 1978، البند 32093، رقم 62، صفحة 1232، ملاحظة J.L. AUBERT.

(4) انظر في هذا الاتجاه M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 102، ويقود الطابع الاستثنائي للمادة 1121 من القانون المدني إلى رفض إعطاء السبب حق الرجوع في الإنابة في الدين. وذلك أيضاً فارق مع الاشتراط لصالح الغير.

المدني. فعندما تكون للواعد مصلحة شخصية في تنفيذ الاشتراط ولو كانت معنوية صرفاً⁽¹⁾، يكون حق الرجوع الأحادي الجانب هكذا مشلولاً. ويمكن أن يقارن هذا التحليل بتحليل مقبول في مادة وكالة المصلحة العامة حيث يكون حق رجوع الموكل مشلولاً بسبب مصلحة الوكيل في تنفيذ الوكالة.

إن حق رجوع المشتري مرتبط حصراً بشخصه وقد قرر الاجتهاد أنه يعود إلى المشتري وحده⁽²⁾. وجرى الحكم لهذا السبب بأن حق الرجوع عن اشتراط عقد تأمين على الحياة يكون فيه المستفيد معنياً لا يمكن أن يمارسه الممثلون القانونيون للمشتري في حياته⁽³⁾. كما لا يمكن أن يمارسه المدينون عن طريق الدعوى غير المباشرة (action oblique)⁽⁴⁾. بيد أن ورثته يمكن أن يمارسوها باعتبار هذا الحق قابلاً للنقل⁽⁵⁾. ولا يخضع الرجوع لأي شرط شكلي⁽⁶⁾، بحيث أنه يمكن أن يكون قسماً أو صريحاً⁽⁷⁾.

- (1) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 89، صفحة 100 - PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN سابقاً، رقم 358، صفحة 462 - PONSARD المذكور سابقاً، رقم 139 - G. LEGIER، المرجع عنه. انظر أيضاً H.L.J. MAZEAUD، المذكورين سابقاً، رقم 795. انظر في الاجتهاد حكم غرفة العرائض، 30 تموز 1877، 1، 78، 55 - حكم محكمة استئناف غرونوبل، 8 نيسان 1881، S.82، 1، 131 - D.P. 82، 2، 9.
- (2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1969، النشرة المدنية، III، رقم 896، صفحة 624 - PLANIOL et RIPERT، الجزء VI تأليف P. ESMEIN سابقاً، رقم 357 وما يليه، صفحة 461 وما يليها - DEMOGUE، المذكور سابقاً، رقم 787 وما يليه، صفحة 154 وما يليها - PONSARD المذكور سابقاً، رقم 130 وما يليه، ولا سيما رقم 137 وما يليه - G. LEGIER، المذكور سابقاً، رقم 116.
- (3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 آذار 1992، النشرة المدنية، 2، رقم 94، صفحة 62. وهذا الحل مبني على المادة L.9-132 من قانون التأمينات المذكورة سابقاً مع التعليق التالي.
- (4) تنص المادة L.9-132، الفقرة 2C على ما يلي: «ما دام القبول لم يتم لا يعود حق الرجوع عن هذا الاشتراط إلا للمشتري ولا يمكن بالتالي أن يمارس في حياته من قبل الدائنين ولا من قبل مثليه القانونيين». انظر كذلك: PICARD et BESSON، المذكورين سابقاً، رقم 510، صفحة 796.
- (5) حكم غرفة العرائض، 22 حزيران 1858، D.P.39، 385، 1، 861، 155 - النقض المدني، 27 شباط 1884، S.86، 1، 422 - D.P.84، 1، 389 - حكم محكمة استئناف بوردو، أول نيسان 1895، D.P.96، 2، 417، تعليق P. DE LYONS، 1900، 2، 242، تعليق A. WAHL. غير أن المادة L.9-132، الفقرة 3 من قانون التأمينات تحدد ضمن أي شروط يمكن أن يمارس ورثة المشتري هذا الحق، مما يكون حقوق الغير المستفيد الذي يملك مهلة ثلاثة أشهر ابتداء من الإنذار الموجه إليه لقبول الإفادة من الاشتراط أو رفضه. ويلاحظ إذا ما جرى تحليل الاشتراط لصالح الغير عن طريق نظرية الإيجاب أن القانون يتسك بهذه النظرية خلال مهلة معينة ويمنع الرجوع بخلاف القانون العام للإيجاب.
- (6) وهكذا، حثر رجوع متعوض عليه في عمل في شكل إيصالي صحيحاً، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 حزيران 1969، D.1969، 544، النشرة المدنية، I، رقم 246، صفحة 196.
- (7) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN سابقاً، رقم 358، صفحة 463 - G. LEGIER، المذكور سابقاً، رقم 132 - PONSARD، المذكور سابقاً، رقم 142 وما يليه. وكذلك PICARD et BESSON، المذكورين سابقاً، رقم 610، صفحة 797.

ولا يؤدي الرجوع عن تسمية المستفيد إلى تلاشي الاشتراط؛ وهكذا للمشرط الحق في أن يفرض على الواعد تنفيذ الاشتراط لصالحه الحصري في غياب تسمية لاحقة⁽¹⁾. ولهذا الحل في مجال التأمين على الحياة أساس قانوني؛ فالمادة L11-132 من قانون التأمينات تنص بالفعل على أن «رأس المال أو الدخل المضمون كل منهما، عندما يكون التأمين في حالة الوفاة قد أبرم بدون تسمية المستفيد، يشكلان جزءاً من ذمة المتعاقد المالية أو من تركته»⁽²⁾. ولن يكون الأمر خلاف ذلك إلا عندما يكون اعتبار الغير المستفيد حاسماً⁽³⁾.

ولا يستدعي الرجوع عن الاشتراط الذي تتبعه تسمية مستفيد جديد نقل الإفادة من الاشتراط⁽⁴⁾. فالحق إذاً لم يكن على الإطلاق عبر ذمة المستفيد الأول المسمى المالية ولم يدخل ذمة المشرط المالية، ولو لم يكن ذلك إلا مؤقتاً⁽⁵⁾.

على أن محكمة النقض أبدت نوعاً من التردد في تطبيق هذه المبادئ عندما تتراجع بالحق الزوجي. فعندما يتزوج المزوجان في ظل نظام شيوع الأموال بين الزوجين تطرح مسألة معرفة ما إذا كان رضا أحد الزوجين، المسمى سابقاً كمستفيد من تأمين على الحياة مختلط، لا غنى عنه للرجوع عن هذه التسمية وتخصيص الإفادة من التأمين للغير. وقد فرقت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 26 أيار 1982⁽⁶⁾، بين حق الرجوع الذي يبقى شخصياً للمكتب والتخصيص التلازمي لحق الغير الخاضع للإدارة المشتركة وفقاً للمادة 224، الفقرة 2، والمادة 1422 من القانون المدني. وقد تدرت محكمة الإحالة⁽⁷⁾ وحكمت بأن للزوج الحق في الإفادة من التأمين وفقاً للمادة L12-132 والمادة L11-132 من قانون التأمينات. ينبغي إذاً استبعاد قواعد النظام الزوجي. وقد أبدت الهيئة بكامل أعضائها في محكمة النقض، بدون أن تدين ضراحة اجتهد الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، محكمة الإحالة بحجة أن الدين على الشركة (شركة التأمين)، تطبيقاً للمادة 132 - 12 من قانون التأمينات، الذي نشأ بسبب وفاة المكتب، يكتسب لصالح المستفيدين المعينين في آخر المطاف⁽⁸⁾. وهكذا دخلت الموجودات المتوجبة على الواعد مباشرة في ذمة المستفيد الأخير

(1) انظر G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 137.

(2) انظر G. LEOIER المذكور سابقاً، رقم 93.

(3) (PLANTOL et RIPERT)، الجزء VI، تأليف P. BSMEN، المذكوران سابقاً، رقم 359، صفحة 464 والتعليق 1.

(4) النقص المدني، 18 كانون الثاني 1986، 4 D.P. 88، 77.

(5) النقص المدني، 4 أيار 1904، S.1904، 1، 385، تعليق Ch. LYON-CAEN.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 195، صفحة 1170 D.1982؛ صفحة 345 من التقرير، ملاحظة D. MARTIN، فهرس Defrtaois، 1982، البند 32944، صفحة 1368، رقم 74، ملاحظة G. CHAMPENOIS، المجلد العامة للتأمينات البرية، 1983، صفحة 59، تعليق A. BESSON.

(7) حكم محكمة استئناف أميان، 10 كانون الأول 1984، D.1985، صفحة 320، تعليق H. LE ROY.

(8) الهيئة العامة بكامل أعضائها، 12 كانون الأول 1986، مصنف الاجتهاد الدوري، 1986، II، 20760، طلبات CABANNES، تعليق L. BOYER، D.1987، 269، تعليق J. GHESTIN.

المالية ويعتبر أنه ليس لزوج المكتتب أي حق مطلقاً ولو كان المستفيد الأول. وعليه يؤدي عدم قبول المستفيد، وإن كان يمتلك منذ إبرام الاشتراط حقاً، إلى تلاشي هذا الحق رجعيًا في حالة الرجوع. على أنه عندما يقبل المستفيد الإشراف بإمكانه أن ينقله إلى الغير⁽¹⁾.

639 - امتيازات المشتري بعد قبول المستفيد.

يفقد المشتري، منذ قبول الغير، إمكانية الرجوع عن الاشتراط⁽²⁾ أو تعديله حتى بموافقة الواعد، بدون رضا المستفيد⁽³⁾. غير أنه يحتفظ ببعض الامتيازات المتعلقة بتأمين تنفيذ الاشتراط ضد الواعد.

وأكدت محكمة النقض في حكم 12 تموز 1956⁽⁴⁾ المبدأ الذي يقضي بأنه «إذا اكتسب الغير المستفيد ضد الواعد حقاً خاصاً ومباشراً، فإن المشتري يمتلك أيضاً دعوى تنفيذ الوعد الذي التزم به المدين»⁽⁵⁾. وفي 7 حزيران 1989 حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بأن «مشتري اشتراط لصالح الغير له الصفة لكي يفرض تطبيق العقد الذي أبرمه»⁽⁶⁾. وثمة توافق أيضاً على الاعتراف للمشتري بفسخ العقد حامل الاشتراط عندما يتخلف الواعد عن موجباته تجاه المستفيد⁽⁷⁾. على أن المستفيد يجب أن يدعى إلى

(1) نقل الإفادة من التأمين على الحياة منصوص عليه في المادة 123-15 من قانون التأمينات.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، I، رقم 371؛ D.1979، صفحة 401، تعليق BERR وGROUDEL، فهرس Defrénois، 1978، البند 32083، رقم 62، صفحة 1232، ملاحظة J.L. AUBERT.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، I، رقم 371، صفحة 289. انظر أيضاً: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 نيسان 1973، النشرة المدنية، I، رقم 123، صفحة 112.

(4) D.1956، صفحة 748، تعليق J. RADOUANT. وفي الاتجاه عينه حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 أيار 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 153، صفحة 122، D.1979، صفحة 453 من التقرير؛ O.1980، صفحة 157، تعليق Ch. LARROUMET، مجلة قصر العدل، 1979، II، صفحة 401 من المرجع.

(5) اعترف القضاة، نهجاً من ذلك، خالماً للمشتري بدعوى التنفيذ. انظر على وجه الخصوص DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 784، صفحة 151، PLANJOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكور سابقاً، رقم 364، صفحة 470، MARTY et RAYNAUD المذكوران سابقاً، رقم 289 - PONSARD المذكور سابقاً، رقم 164 وما يليه - G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 212 وما يليه - Ch. LARROUMET، TERRÉ SIMLER et LEQUETTE المذكورون سابقاً، رقم 500، صفحة 384.

(6) Les obligations: le contrat، رقم 818.

(7) النشرة المدنية، I، رقم 233، صفحة 155، فهرس Defrénois، 1989، صفحة 1057، ملاحظة J.L. AUBERT.

(8) AUBERT، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 73، ملاحظة J. MESTRE. PLANJOL et RIPERT، رقم 473، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 366، صفحة 472، MARTY et RAYNAUD، المرجع عينه - PONSARD المذكور سابقاً، رقم 174 وما يليه - G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 219 وما يليه - TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، المرجع عينه.

الدعوى، وإلا يصبح الحكم الصادر بين الواعد والمشتراط غير قابل للاحتجاج به ضد المستفيد استناداً إلى نسبة الشيء المحكوم فيه⁽¹⁾، ويمتلك دائماً حق فرض التقديم اقلدي وعد به الواعد. ومن المقبول أخيراً أن بإمكان المشتراط أن يحتج ضد الواعد بدفع عدم التنفيذ وأثارة المسؤولية العقدية⁽²⁾.

إن مجال دعوى الفسخ والدفع بعدم التنفيذ ينبغي أن يأخذ في الحسبان التفریق الذي أصبح يعتمده الاجتهاد صراحة بين العقد حامل الاشتراط والعلاقات الشخصية بين المشتراط والواعد.

وهكذا لا يمكن أن يكون الفسخ مبنياً إلا على تنكر الواعد للموجبات التي التزم بها لصالح المستفيد المحصري. كما أن الدفع بعدم التنفيذ لا يمكن أن يكون مبنياً على عدم تنفيذ الموجبات الملغاة على الواعد تجاه المستفيد وحده. وبالفعل يقترح هذا الدفع، من حيث المبدأ، «وحدة السند الذي أنشأ الموجبات المتبادلة»⁽³⁾. وبالتالي ينبغي أن يؤدي تنكرس مبدأ استقلالية العقد الحامل، منطقياً، إلى حصر إمكانية المشتراط في الاحتجاج بالدفع بعدم التنفيذ في وجه الواعد في الفرضية التي لا يحترم فيها الواعد موجباته تجاه المستفيد، مما يقلص جذباً مجال الدفع. والأمر كذلك في ما يتعلق بالواعد الذي ليس في وسعه التمسك بعدم تنفيذ موجبات المشتراط الشخصية ليمتص مؤقتاً من موجباته تجاه المستفيد.

III - العلاقات بين المشتراط والغير المستفيد

640 - ليس للمستفيد، من حيث المبدأ، أي علاقة قانونية بالمشتراط.

بما أن الاشتراط لصالح الغير ينشئ فقط علاقات قانونية بين الواعد والمستفيد فهو لا يعطي المستفيد أي حق ضد المشتراط⁽⁴⁾، وهكذا لا يملك أي دعوى ضد المشتراط ما عدا وجود تعهد شخصي صادر عن المشتراط⁽⁵⁾، بخلاف الحل المعتمد في القانون الإداري⁽⁶⁾.

(1) انظر في هذا الاتجاه G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 223.

(2) انظر بالإضافة إلى المؤلفين المذكورين سابقاً ملاحظات السيد LARROUMET على حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 أيار 1979 المذكور سابقاً.

(3) B. STARCK، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1712. وحول الدفع بعدم تنفيذ العقد انظر L.G.D.J. P. RAYNAUD، مقننة 1971، مقننة L.G.D.J.

(4) حكم غرفة العرائض، 6 حزيران 1888، D.P. 89، 55؛ فز 98، 1، 85، يوسيات الكتابة العدل، 1888، البند 24061، صفحة 401.

(5) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 385، صفحة 471 - PONSARD المذكور سابقاً، رقم 124. إضافة إلى FLATTET، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 109، صفحة 146.

(6) انظر CH. DESWARTES- JULIEN، La stipulation pour autrui en droit administratif، أطروحة في باريس، 1970، صفحة 50 وما يليها.

فليس بإمكانه إذاً أن يطلب من المشتري المتفعة المتوقعة له على الواعد.

وبالطريقة عنها يتعذر على المستفيد أن يقاضي بطلان العقد مصدر حقه أو نسخه لعدم وجود مصلحة له في ذلك⁽¹⁾، حتى الصفة، طالما أنه ليس شريك المشتري في التعاقد⁽²⁾. يضاف إلى ذلك أن المستفيد من العبء الذي يثقل تبرعاً ليست له إمكانية طلب الرجوع عن الهبة عندما لا يراعي الموهوب له موجباته⁽³⁾.

ويمكن الشك في تسوية هذا الحل ما دام أنه من المقبول أن الاشتراط لصالح الغير يضع على عاتق المستفيد ديناً⁽⁴⁾. فإذا ما جرى رفض الحق للمستفيد، فذلك لأنه، من حيث المبدأ، دائن الواعد فقط وليس دائن المدين. بيد أنه عندما يكون المستفيد في الوقت عينه مدينًا تكون له مصلحة بديهية في امتلاك حق طلب البطلان أو الفسخ؛ ولأن ملزم بموجب العقد فإن تلاشي له لمفعول تحريره من دينه.

غير أن بعض المؤلفين يرى أن الاشتراط لصالح الغير يجب أن يعاد وضعه في المضمون العام للعلاقات القانونية التي يمكن أن توحد المشتري والمستفيد⁽⁵⁾، كما يقبل أن الاشتراط لصالح الغير يمكن أن يماثل بدفع عندما يكون المشتري سابقاً مدين المستفيد⁽⁶⁾. وهذا التحليل للاشتراط ليس مقنعاً. ولا يقبل الفهم، بالفعل، أن يحرم المستفيد في هذه الفرضية من حق طلب بطلان العقد الحامل أو نسخه، طالما أنه معني مباشرة به، وتنفيذه يتحكم بقرط دينه على المشتري. وقبول أن الاشتراط لصالح الغير، فضلاً عن ذلك، في

(1) موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V الاشتراط لصالح الغير، تأليف Ch. LARROUMET، صفحة 58 و صفحة 60 - PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 363، صفحة 470 - H.-J. MAZEAUD، المذكوران سابقاً، رقم 791 - MARTY et RAYNAUD، Obligations، الجزء II، المجلد 1، الطبعة الأولى، 1962، رقم 265، صفحة 239 في نهايتها، و صفحة 240 في بدايتها - PLANIOL et RIPERT، Traité élémentaire de droit civil، بالتعاون مع J. BOULANGER، الجزء 2، الطبعة الثالثة، منشورات L.G.D.J، 1949، رقم 669، صفحة 230.

(2) G. LEGIER، المذكور سابقاً، رقم 175.

(3) حكم الغرلة المبنية الأولى في محكمة النقض، 15 تموز 1963، النشرة المدنية، I، رقم 396، صفحة 337.

(4) انظر الرقم 630 السابق.

(5) انظر DEMOGUE، المذكور سابقاً، رقم 853 وما يليه، صفحة 221 وما يليها - FLOUR et AUBERT، المذكورين سابقاً، رقم 479 ورقم 480 - P. MALAURIE et L. AYNÈS، Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 682، صفحة 382. بالإضافة إلى TERRÉ، SIMLER et LEQUETTE، Obligations، 505، صفحة 386.

(6) FLOUR et AUBERT، Traité élémentaire de droit civil، بالتعاون مع J. BOULANGER، الجزء 2، الطبعة الثالثة، منشورات L.G.D.J، 1949، رقم 674، صفحة 231 - PLANIOL et RIPERT، المذكوران سابقاً، رقم 479 - DEMOGUE، المذكور سابقاً، رقم 854، صفحة 222 والتعليقات 2 و 3 و 4 - MARTY et RAYNAUD، المذكوران سابقاً، رقم 290 - MALAURIE et AYNÈS، المرجع عينه. وعلى نقض ذلك SIMLER، مصنف الاجتهاد المدني، الكراسة 103 والكراصة 104، V الإجابة، رقم 60.

غياب موجب سابق، ينتج مفعولاً مسقطاً يعني افتراض موافقة المستفيد تجاه المشروط، في حين أن مجرد قبول الإفادة من الاشتراط لا يستوجب أن يكون المستفيد قد توخى بذلك تحرير مدينه. والعملية المبرمة بين الفريقين، في الحقيقة، في غياب موجبات سابقة، ترتدي وصفاً آخر هو وصف الإنابة⁽¹⁾.

ومن المقبول، بالمقابل، أن الاشتراط لصالح الغير يحقق هبة غير مباشرة لصالح الغير المستفيد والتأمين على الحياة أحد المظاهر الأكثر تواتراً.

(1) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 10 وما يليه.

القسم الفرعي 2

الطبيعة القانونية للاشتراط لصالح الغير

641 - يتركز تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط لصالح الغير⁽¹⁾ على البحث عن أساس حق المستفيد، وكان المؤلفون في القرن التاسع عشر متقسمين حول هذه المسألة. وقد ظهر هذا الجدل اليوم بالنسبة إلى بعضهم عقيماً⁽²⁾، وبالنسبة إلى آخرين لم يكن من مجال للاسترسال في صده نظراً إلى إيجاز الطروحات التي تكرر⁽³⁾. ومن الصحيح أن أي نظام جديد، منذ Lambert⁽⁴⁾، لم يتقدم به أحد ولا يبدو من المفيد، مع ذلك، عرض مختلف الأنظمة المقترحة ذلك بأن عدم كفايتها توضح أصالة وإالية الاشتراط لصالح الغير.

وترتكز مجموعة أولى من النظريات على مفهوم الإيجاب. ويرتبط تفسير ثانٍ بنظرية التمسك الأحادي الجانب وتفسير ثالث يتمسك بالفضول.

642 - نظريات الإيجاب.

رأى بعضهم أن الاشتراط لصالح الغير ينتج عن إيجاب يصدر عن المشتراط أو الواعد أو كذلك أنه تخيري فيشترط المشتراط عند ذلك لصالح الغير أو لنفسه.

(1) انظر J. BOYER - DORIOT, Du fondement juridique de la stipulation pour autrui أطروحة لمي تولوز، 1933.

(2) FLOUR et AUBERT, Obligations, المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 468.

(3) انظر على سبيل المثال PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، الموجبات، تأليف P. ESMEIN، رقم 354، صفحة 456، B. STARCK, Obligations، المجلد 2، الجزء II، الطبعة المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، رقم 797 وما يليه - H. L. J. MAZEAUD, Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1322 وما يليه - M. LARROUMET, Les obligations: Le contrat، الطبعة الثانية، 1990، رقم 801، MALAURIE et AYNÈS, Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 674 ورقم 675 - DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 815 وما يليه، صفحة 184 وما يليها، أكثر شمولاً.

(4) La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس، 1893.

643 - يتحقق حق المستفيد، حسب التحليل الأول، عن إيجاب صادر عن المشرط.

يتحقق الاشتراط لصالح الغير، في عرف السيد Laurent⁽¹⁾، في مرحلتين، إبرام عقد بين المشرط والواعد يكتب بمقتضاه المشرط حقاً يصبح بعد ذلك موضوع إيجاب موجه إلى الغير. ويفترض هذا النظام إذا عقدتين متعاقبتين، ومن هنا تعبير نظرية العقد المزدوج⁽²⁾. وحسب المؤلف تتكون الاتفاقية الأولى في اشتراك إرادتي المشرط والواعد؛ إلا أنه لا يتبع ذلك أن تكون الاتفاقية الثانية قد تكونت؛ إنها تتكون بقبول الغير؛ وإلى هنا لا يكون ثمة رباط بين المشرط والغير...⁽³⁾.

وهذه النظرية التي تفسر حق المشرط في الرجوع حتى قبول المستفيد كانت موضع انتقاد شديد. فقد أخذ عليها التنكرو للطابع المباشر لحق المستفيد وإخفاء دور الواعد⁽⁴⁾. ويرفض Laurent الاعتراف للغير بدعوى شخصية ضد الواعد⁽⁵⁾. ونتيجة هذا التحليل هي أن المستفيد يشارك دائنيه ومدينه إذ يمر الحق عبر ذمة المشرط المالية⁽⁶⁾. ولا يمكن، إضافة إلى ذلك، أن يكون الإيجاب رجعياً وإرجاع مناعيله إلى الإيجاب الذي هو مجرد بداية، مجرد دكيزة انتظار أي عنصر ينظر عناصر أخرى ليكون تاماً وفعلاً⁽⁷⁾. والعملية، من وجهة النظر الضريبية، تنجم عن انتقال مزدوج، مما يجيز استيفاء رسم مزدوج⁽⁸⁾. والإيجاب أخيراً يصبح عديم المفعول بمجرد وفاة المشرط⁽⁹⁾، مما قد يؤدي إلى المجازفة بنمو التأمين على

- (1) *Principes de droit civil*, الجزء XV، رقم 559.
- (2) B. STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المجلد 2، الطكران سابقاً، رقم 1923.
- (3) LAURENT المذكور سابقاً، رقم 571.
- (4) J. BOYER-DORIOT، *Du fondement juridique de la stipulation pour autrui*، 1933، صفحة 64 وما يليها.
- (5) استشهد بذلك LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 13، صفحة 15.
- (6) انظر DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 815، صفحة 185 - FLOUR et AUBERT، المذكورين سابقاً، رقم 469 - H-L.J. MAZEAUD المذكورين سابقاً، رقم 798، صفحة 897.
- (7) LABBÉ، تعليق على حكم النقض، 2 تموز 1884 (S.85، 1، 5)، استشهد به LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 18، صفحة 27، تأيد هذا التحليل.
- (8) J. BOYER-DORIOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 64. وكذلك B. STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المجلد 2، الطكران سابقاً، رقم 1324.
- (9) J. BOYER-DORIOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 65. لم يعد هذا البرهان الأخير يبدو تاطماً بالنسبة إلى حكم صادر من الفرقة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 9 تشرين الثاني 1983 (النتيجة المدنية، III، رقم 222، صفحة 188، *Dalfrénols*، 1984، البند 33368، صفحة 101، ملاحظة J.L. AUBERT، المجلد التفصيلي للقانون المدني، 1985، صفحة 154، ملاحظة J. MESTRE، وقد قضى هذا الحكم في الواقع أن إيجاب بيع لم يرجع عنه مقدم الإيجاب في حياته، لا يمكن أن يعتبر عديم المفعول أو غير محتج به تجاه ورثته بسبب وفاته وحده وأن قبول المرسل إليه هذا الإيجاب يجعل البيع تاماً. بيد أن الفرقة المدنية الثالثة ذاتها يبدو أنها عدلت اجتهادها من جديد في 10 أيار 1989 بأن الإيجاب الذي أصبح عديم المفعول بوفاء المعارض لا يمكن أن يكون موضوع قبول من قبل المستفيد منه (1990، D، صفحة 165، تعليق VIRASSAMY). انظر تكوين العقد، رقم 316.

الحياة. ولا أحد اليوم يدافع عن هذا المذهب المتناقض بصورة جلية مع المادة 1211 من القانون المدني حتى على افتراض إلغاء هذا النص من قانوننا الوضعي⁽¹⁾.

644 - يتمك التحليل الثاني بأن حق المستفيد يتج عن إيجاب صادر عن الواعد.

قلب Thaller، للتملص من هذه الانتقادات، الاقتراح السابق واقترح نظاماً يصدر الإيجاب فيه عن الواعد وليس عن المشتري⁽²⁾.

وقد صدرت عنه، في صدد التأمين على الحياة، الفكرة التي بمقتضاها يلتزم الواعد، مقابل تسديد علاوات التأمين، بتقديم إيجاب لصالح الغير المستفيد. ويُسَر هذا التحليل كون حق الغير مباشراً ولم يمر على الإطلاق عبر ذمة المشتري المالية. كما أنه يسوغ الإمكانية المتروكة للغير في القبول بعد وفاة المشتري. «على الشركة» لكي تنجم مع تعهداتها، عند وفاة المكتتب، أن تكشف واقعا للغير وأن تعرض عليه رأس المال المؤمن فيقبلها المستفيد عندئذ، وعندئذ فقط تقوم بين المؤمن والغير علاقة عقدية بدون أي تسخير، أي وجود دين (عليه) ودين (له)، موضوعها المبلغ الوارد في وثيقة التأمين الذي لم يدخل على الإطلاق ذمة المؤمن المالية. وإلى الآن لم يكن الإيجاب قد تكوّن والدين الذي يولده غير موجود بعد: ما هو موجود هو حق المؤمن (أو تركته) في إكراه الشركة على طرح الإيجاب على الغير، في الوقت المناسب وذلك تحت طائلة المعاقبة بالفسخ⁽³⁾.

إن هذه النظرية تنفوق على سابقتها بالتأكيد إلا أنها تنضم أيضاً عيوباً. فالإيجاب بالفعل، في حالة وفاة الواعد، يكون عديم المفعول⁽⁴⁾. كما لوحظ أنه من الخطر ترك وجود الحق لتعسف الواعد⁽⁵⁾. وتحليل Thaller، فضلاً عن ذلك، يترك العلاقات بين المشتري والغير في الظل⁽⁶⁾. ويمكن أخيراً، وعلى وجه الخصوص، أن يؤخذ على هذه البديلة لنظرية الإيجاب أنها تنتكر لوجود حق يمتلكه المستفيد قبل قبوله. وحق الغير، حسب هذا التحليل، لا يمكن أن ينشأ إلا في يوم القبول الذي له بالتالي مفعول إنشائي للحق وليس مجرد مفعول تعزيزي.

645 - ترى الفرضية الثالثة أخيراً أن إيجاب المشتري هو تعجيلي؛ إنه موجه إلى المستفيد وإلا إلى ذاته.

عرض Lambert هذه النظرية التي وصفها بأنها بارعة ولم يرفضها إلا أسفاً⁽⁷⁾.

(1) انظر ملاحظات LAMBERT، المرجع فيه.

(2) تعليق على حكم محكمة استئناف بوزانسون، 7 آذار 1887، Dalloz الدوري (D.P.)، 1888، 2، 1.

(3) DEMOGUE، Obligations، الجزء VII، رقم 815، صفحة 186.

(4) J. BOYER-DORJOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 68.

(5) J. BOYER-DORJOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 67.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 22 وما يليها، صفحة 30 وما يليها.

إرادة الراعد وحدها ولا يظهر المشتروط ولا يقوم بأي دور. وهكذا يمكن تفسير كون حق المستفيد لم يمر على الإطلاق عبر ذمة المشتراط العالية. وهذا النظام، بالمقابل، ليس في وسعه تحليل مظاهر أساسية أخرى للاشتراط لصالح الغير. وليس بإمكانه، على وجه الخصوص، تفسير اكتساب المستفيد حقه وجعياً ذلك بأن «الحق يرجع في مفاعيله إلى يوم القبول وليس إلى يوم الإيجاب»⁽¹⁾. ونظرية الإعلان الأحادي الجانب تخفي بصورة خاصة المصدر العقدي للحق⁽²⁾. وإذا جرى قبول أن الواعد يلتزم من جانب واحد فلا يعود من الممكن فهم لماذا بإمكانه الاحتجاج في وجه المستفيد ببعض الاستثناءات الناشئة عن علاقته بالمشتراط التي هي مصدر حقه⁽³⁾. والقول إن الواعد يلتزم بفعل إرادته وحدها يعني نفي الأساس العقدي للاشتراط لصالح الغير⁽⁴⁾. ويصعب في النهاية إدراك وجود حق رجوع عن مبادرة المشتراط⁽⁵⁾. وهكذا كان المؤلفون المعاصرون الذين تبّنوا أساس الإعلان الأحادي الجانب للإرادة مكرهين، وإنما مع وجود تناقض، على قبول أن إيجاب الواعد يدخل في عقد مبرم مع المشتراط⁽⁶⁾، ويجب بالتالي استبعاده. يبقى أن نتفحص نظرية الفضول.

647 - المشتراط هو الفضولي بالنسبة إلى الغير المستفيد.

اقترح هذا التفسير Labbé⁽⁷⁾. فالمشتراط بإعطاء الغير حقاً ضد الواعد يدير أعمال المستفيد الذي يصادق، بقبوله اللاحق، على الإدارة وجعياً.

والرجوع إلى الفضول يتيح فقط تفسير وجود حق مباشر للغير تجاه الواعد. ويصطلم هذا الأساس، بالمقابل، «باعتراض حامس»⁽⁸⁾. يُلزم المدير، في الفضول، وفقاً للمادة 1372 من القانون المدني، «بالاستمرار في الإدارة التي بدأها وإتمامها إلى أن يتمكن المالك من القيام بها بنفسه». ولا يملك الفضولي إمكانية الرجوع عن إدارته في حين أن المشتراط في

(1) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 44، صفحة 55.

(2) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 46، صفحة 57. MARTY et RAYNAUD، Les obligations: le contrat، الطبعة الثانية، 1988، رقم 297. وكذلك PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 354، صفحة 458.

(3) انظر الرقم 614 السابق وما يليه.

(4) في عرف LAMBERT (المرجع عينه) «فيخفي نظام الإيجاب المفاعيل التي ينتجها العقد خارج حلقة المتعاقدين» ونظام الإعلان الأحادي الجانب يخفي المصدر العقدي للحق، ويثبت تجاه العقد الناجم عنه، والأسباب الخاصة للفسخ أو البطلان الخافض لها لأجل ذلك. وتنسب إلى إرادة وحيدة النتيجة التي حصلت في الحقيقة من توافق إرادتين.

(5) MARTY et RAYNAUD، المرجع عينه. انظر حول حق الرجوع الرقم 838 اللاحق.

(6) B. STARCK، المجلد 2، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المرجع عينه.

(7) تعليقات في Sirey، 1865، 1، 1، 1877، 1393، 1888، 2، 48. وفي الاتجاه عينه DEMOLOMBE، الجزء 24، رقم 236 وما يليه، صفحة 215 وما يليها. انظر بالنسبة إلى دراسة شاملة وثالثة لهذه النظرية - J. BOYER-DORIOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 68 وما يليها.

(8) B. STARCK، المجلد 2، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المذكوران سابقاً، رقم 1326.

الاشتراط لصالح الغير يستطيع دائماً الرجوع عن الاشتراط حتى قبول الغير. ويتعذر بالتالي تسويغ حق الرجوع باعتماد نظرية الفضول⁽¹⁾. كما لوحظ أن الغير المستفيد يبقى حرّاً في قبول الاشتراط أو رفضه في حين أن من جرى الفضول لمصلحته لا يملك هذا الامتياز عندما تكون الإدارة نافعة له⁽²⁾. والاشتراط لصالح الغير، فضلاً عن ذلك، ليس بالمعنى التقني تطبيقاً للتشيل، كما الفضول. فالمشترط ليس مثلاً. إنه «يبقى في علاقة قانونية بالواعد الذي بإمكانه أن يجبره، من لقاء نفسه، على تنفيذ الوعد. فالمشترط هو فريق في العقد، إنه يستمد حقوقه من ذاته وليس من الممثل»⁽³⁾.

648 - ليس ثمة، في النهاية، أي تفسير مُرضي كلياً للسبب البسيط جداً بأن التفسيرات جميعاً تنزع كلها إلى التوفيق بين حق المستفيد ومبدأ المفعول النسبي للمعقود. وقد جرى، إضافة إلى ذلك، بيان أن هذا المبدأ كان يعتبر في القرن التاسع عشر مذنباً غير ملموس بحيث أن أي استثناء لا يمكن إلا أن يكون ظاهرياً كما أن المؤلفين «جهلوا في البرهنة على أن الغير المستفيد كان فريقاً حقيقياً متعاقداً»⁽⁴⁾.

وقد تخلّى الفقه، مع تطور الأفكار وتأثير Lambert، تدريجاً، عن فكرة جعل الغير المستفيد متعاقداً بقول أن العقد يمكن أن يتج مفاصله في ذمة الغير المالية. وقد تبنت أغلبية المؤلفين هذه الفكرة⁽⁵⁾.

ويعد أن حلول Lambert كتابات فقهاء القانون القديم، Favre Covarruvias و Pothier Furgole و Chopin و Charondas⁽⁶⁾، خلص إلى أن الأساس العقلي للاشتراط

- (1) انظر في الاتجا عين J. BOYER-DORJOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 69. DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 816، صفحة 186. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 496، صفحة 382. MARTY et RAYNAUD، المذكورين سابقاً، رقم 296.
- (2) J. BOYER-DORJOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 69. وكذلك: في الاتجا عينه FLOUR et AUBERT, Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 470.
- (3) G. FLATTET، Les contrats pour le compte d'autrui، أطروحة في باريس، 1950، رقم 109، صفحة 145 و صفحة 146. وكذلك: PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 354، صفحة 457.
- (4) WEILL، Le principe de la relativité des conventions en droit privé français، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، موسوعة Dalloz، 1939، رقم 395، صفحة 693.
- (5) FLOUR et AUBERT، المذكوران سابقاً، رقم 471. Ch. LARROUMET، المذكور سابقاً، رقم 801. TERRÉ, SIMLER، الطبعة الرابعة، رقم 675، صفحة 378. MALAURIE et AYNÈS، Obligations، الطبعة الرابعة، رقم 498، صفحة 383. H.-L.J. MAZEAUD، المذكورين سابقاً، رقم 693، صفحة 693. Fr. CHABAS، تأليف WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 395 وما يليها، صفحة 693 وما يليها. G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1121 والبنود 1122، الكراسة 1، رقم 6.
- (6) الأطروحة المذكورة سابقاً الفقرة 61 وما يليها، صفحة 75 وما يليها.

لصالح الغير كان مقبولاً بشكل إجماعي؛ فالحق ينشأ لصالح الغير عن اتفاقية بقي أجنبياً عنها. والمسألة المنازع فيها كانت تتمثل بحق رجوع المشتراط⁽¹⁾. فمدونة القانون المدني، حسب المؤلف، لم تفعل سوى اعتماد الحلول الصادرة حسب القانون القديم، مع البت بالمسألة التي ظلت قابلة للنقاش⁽²⁾. فإن دعوى المستفيد تنشأ، اليوم كما في القانون القديم، عن عقد بقي أجنبياً عنه؛ والاشتراط لصالح الغير، اليوم كما في القانون القديم، هو استثناء لقاعدة شخصية العقد؛ ولم تعد هذه القاعدة سوى تفسيرية لإرادة الفريقتين، وأعادتها المادة 1165 إلى حدودها الشرعية⁽³⁾. فحق المستفيد، المفهوم على هذا النحو، ينشأ قبل قبوله ولا أهمية تذكر لأن يكون قابلاً للرجوع أم لا. وتؤكد المادة 1121 من القانون المدني، فضلاً عن ذلك، ضمناً على الأقل، هذا التحليل طالما أنها تنص على إمكانية الرجوع؛ ويبيّن الحق المكتسب رجباً حقاً مكتسباً؛ ويتعذر التمسك بما هو غير موجود؛ فإمكانية الرجوع تنوجب الوجود⁽⁴⁾. ويخلص المؤلف، منطقياً، إلى أن القبول ليس له «هدف إنشاء الحق وإنما توطيده. فالقبول لا يؤدي إلى اكتسابه»⁽⁵⁾.

على أن بعض المؤلفين رأى أن هذه النظرية لم تكن تفسيراً وإنما مجرد تحقق⁽⁶⁾، إنها تقريباً إسباغ عمل على الممارسة السابقة، المكتشفة في القرن التاسع عشر والمطبقة اليوم. ويتعلق الأمر بالنسبة إلى آخرين بمؤسسة أصلية شاذة عن مبدأ المفعول النسي للعقد⁽⁷⁾. ويبدو أن ذلك هو التفسير الأكثر إرضاء.

-
- (1) الأطروحة الأتفة الذكر، الفقرة 74، صفحة 84 وما يليها.
 (2) الأطروحة السالفة الذكر، الفقرة 58، صفحة 72. وكذلك E. GAUDEMET, Étude sur la transport de ذلك، الفقرة 347.
 (3) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 70، صفحة 80.
 (4) LAMBERT، الأطروحة المذكورة آنفاً، الفقرة 75، صفحة 87. انظر أيضاً الفقرة 79، صفحة 88.
 (5) المذكور سابقاً، الفقرة 77، صفحة 87.
 (6) FLOUR et AUBERT، المذكوران سابقاً، رقم 471.
 (7) H.-L. MAZEAUD، المذكوران سابقاً، رقم 801، صفحة 888. MALAURIE et AYNÈS، المرجع
 هينه.

القسم الفرعي 3

تطبيق الاشتراط لصالح الغير

649 - بات من التقليدي بيان أن نمو التأمين، ولاسيما التأمين على الحياة، في القرن التاسع عشر، أتاحه اللجوء إلى إوالية الاشتراط لصالح الغير⁽¹⁾، مما كان له، بطريقة غير مباشرة، مفعول إثراء النظرية العامة للاشتراط أو لصالح الغير⁽²⁾. على أن التقنين اللاحق لقانون التأمينات لم يحل جميع الصعوبات، بحيث أن اللجوء إلى القانون العام للاشتراط ما يزال يقدم الخدمات.

وهكذا بنت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها في 12 كانون الأول 1986⁽³⁾، انطلاقاً من الاجتهاد السابق للتشريع الخاص بالتأمين، ولاسيما ثلاثة أحكام تقليدية في 6 شباط و22 تشرين الأول 1888 و4 أيار 1904، لصالح محكمة الإحالة بتناقض الاجتهاد بين حكم الغرفة المدنية الأولى الصادر في 26 أيار 1982 وحكم محكمة استئناف اميان في 10 كانون الأول 1984 التي حكمت في الاتجاه عينه لحكم محكمة استئناف باريس في 26 تشرين الثاني 1980 الذي نقضته الغرفة المدنية الأولى. كان الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان أحد الزوجين في نظام شيوع الأموال، وقد اكتسب بعقد تأمين ممول من أرباحه وأجوره، عليه، إلزامياً، أن يحصل، تطبيقاً للمادة 1422 من القانون المدني، على رضا الزوج الآخر، لتسمة مستفيد بصفة مجانية، إمّا استناداً إلى العقد، وإمّا بصورة لاحقة في شكل تعديل للتخصيص السابق، وذلك أيّ كانت طبيعة العقد المعني: عقد موقت

(1) لن نضخم مختلف نماذج التأمينات المرتكزة على الاشتراط لصالح الغير الذي أصبح مفتناً اليوم. ودراستها مستمدة من دراسات العقود الخاصة، وسوف تدرس بهذه الصفة. وتكفي الملاحظة، كما ستحت الفرصة لذلك بصورة وفيّرة، أن التأمين على الحياة، بصورة خاصة، هو أحد التطبيقات الأكثر ثراءً للاشتراط لصالح الغير.

(2) إن القانون الوضعي، بفعل تكاثر التأمين، اعترف بالطبيعة القانونية للاشتراط لصالح الغير وحدها بدقة.

(3) D.1987، صفحة 289، تعليق J. GHESTIN. وقد بسط البرهنة السنية على اجتهاد نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، مما أدى إلى إقناع محكمة الإحالة والهيئة العامة، وبصورة خاصة في ثلاثة أحكام تقليدية في 6 شباط و22 تشرين الأول 1988 و4 أيار 1904.

أو عقد يحوي مقابل وفاء رياضي بمبلغ قيمة الشراء، ولا سيما بسبب طابعه المختلط، أي الطابع التخيري، تأمين على الحياة أو تأمين متعلق بالوفاة، في حالة الوفاة قبل التاريخ المتفق عليه في وثيقة التأمين.

والحل الذي اعتمدته الهيئة العامة مبني بشكل أساسي على المفعول الرجعي للاشتراط لصالح الغير. ويستنتج من ذلك أن الحقوق التي يملكها المؤمن وحده على مقابل الوفاء الرياضي الذي هو بحوزة المؤمن إذا لم يستعمله قبل وفاته، يكتسبها رجعياً ومباشرة الغير المستفيد وحده المسمى في هذه الآونة، بحيث أن رأس المال المتوجب على المؤمن في حالة وفاة المؤمن من المفترض أنه يعود إلى الغير المستفيد ابتداء من يوم العقد، وأنه لم يدخل على الإطلاق ذمة المؤمن المالية. ولا يمكن بالتالي، في أي حال، على عكس ما حكمت به الغرفة المدنية الأولى في 26 أيار 1982، أن يشكل مالا في الأموال الشائعة بين الزوجين التي لم يكن بإمكان المؤمن التصرف بها، حسب المادة 1422 من القانون المدني، إلا برضا الزوج الآخر.

650 - ليس التأمين سوى تطبيق من بين التطبيقات الأخرى للاشتراط. وهو، إضافة إلى ذلك، متعدد ومتنوع⁽¹⁾، مما يجعل أي محاولة تركيب دقيقاً⁽²⁾ ويفسر ولا ريب، أن العديد من المؤلفين يربط فقط الاشتراط لصالح الغير بالعقد الأعم الذي يندمج فيه⁽³⁾. وبعضهم، فضلاً عن ذلك، يبحث في الاشتراط لصالح الغير عن تفسير لبعض التقييدات التي أعدتها الممارسة، ويأمل بعضهم الآخر استخدامه لسد ما رأى أنه ثغرات في القانون. غير أن هذه التحاليل الأخيرة لا تحمل على الإقناع.

يبدو من الممكن إذاً، بدون ادعاء الشمولية، دراسة بعض التطبيقات الخاصة للاشتراط لصالح الغير ثم حدود المفهوم.

(1) PLANIOL et RIPERT، الجزء VII، تأليف P. ESMEIN، رقم 66 صفحة 458 - A. LASLAMI، Les aspects contemporains de la stipulation pour autrui، أطروحة في باريس، طبع على الآلة الكاتبة، 1978.

(2) J.-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 170، وما يليه، صفحة 170 وما يليها، وفي حرف للاشتراط لصالح الغير، مريض مزدوج إته وسبلة توسيع مجال المسؤولية العقودية ووسيلة غير تامة بالتأكيد لنقل الدين.

(3) انظر OBMOGUE، Obligations، الجزء VII، رقم 770 وما يليه، صفحة 139 وما يليها - PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المراجع عينه - TERRE، SIMLER et LBQUETTE، Obligations، المذكورين آنفاً، رقم 493، صفحة 380 - B. STARCK، Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. BOYER، رقم 1313 وما يليه - H. ROLAND et L. BOYER، Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1980، رقم 465.

الفقرة 1 - التطبيقات الخاصة للاشتراط لصالح الغير

651 - استخدم الاجتهاد الاشتراط لصالح الغير بصورة خاصة من أجل توسيع مجال المسؤولية العقدية وفي سبيل تحديد الطبيعة القانونية لإمكانية الاستبدال في الوعود بالبيع.

I - توسيع مجال المسؤولية العقدية

652 - كان الاشتراط لصالح الغير التقنية التي تستخدمها المحاكم لتأمين التعويض على بعض فئات الضحايا بشكل مرض⁽¹⁾. على أنه اليوم، مع انتشار المسؤوليات الموضوعية، أصبح في العفاء، واستبعد المستفيدون منه. يضاف إلى ذلك، وتأثير الإصلاحات التشريعية، أن اللجوء إلى الاشتراط لصالح الغير محظر في بعض الحالات.

653 - استخدام الاشتراط لصالح الغير من أجل التعويض ضمن شروط مرضية على بعض فئات الضحايا.

تم استخدام الاشتراط لصالح الغير في مجال النقل على وجه الخصوص، وكان الأمر يتعلق بأن تؤمن للضحايا، بطريقة غير مباشرة، إمكانية تعويض منصف عن الضرر الذي أصابها. وينقل المسؤولية المترتبة على الناقل إلى أرضية المسؤولية العقدية لتخلص الضحية من سلطان القواعد التي توسس المسؤولية التقصيرية. وهكذا تعفى من تقديم البينة على خطأ الناقل في حقه كان فيها نظام المسؤولية عن فعل الأشياء غير يقيني⁽²⁾.

وكان المستفيدون من الاشتراط لصالح الغير، بالفعل، عندما كان الاجتهاد يضع على عاتق الناقل موجب أمن يتحمل كموجب نتيجة⁽³⁾، يعفون من تقديم البينة على خطأ الناقل⁽⁴⁾. وكان اللجوء إلى المسؤولية العقدية يتمثل فيه هكذا كنفع أكيد⁽⁵⁾. ولهذا السبب افترضت محكمة النقض في قضية Noblet أن الضحية لم تشرط لصالح ذوي قرباها⁽⁶⁾، ورفضت مع

(1) J.-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 171 وما يليه، صفحة 128 وما يليها.

(2) J.-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 190، صفحة 142 - B. STARCK Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1317 - G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1121 والبنود 1122، الكرامة 1، 1986، رقم 64.

(3) G. VINBY، La responsabilité: conditions، رقم 551، صفحة 657.

(4) G. WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 404 وما يليه، صفحة 708 وما يليها.

(5) WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 408، صفحة 717 - G. FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 118، صفحة 156، وما يليها. وكذلك M. PICARD، La stipulation pour autrui et ses principales applications، الجزء VII، 1952، صفحة 267 وما يليها وخصوصاً صفحة 280.

(6) النقض المدني، 6 كانون الأول 1932، D.P. 1933، 1، 137، تعليق J. JOSSERAND، 1934، 1، 81، تعليق P. ESMEIN، المجلة العامة للتأمين البري، 1933، صفحة 398، تعليق M. PICARD، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1933، صفحة 109 ملاحظة DEMOUE.

ذلك امتداد حلقة المستفيدين بشكل مبالغ فيه⁽¹⁾.

وكانت محكمة النقض تؤمن بصورة ملموسة تعويضاً فعالاً للضحايا بطريقة غير مباشرة في حادث النقل. وحققت في الوقت عينه وحدة نظام المسؤولية الذي كان الناقل يخضع له⁽²⁾. بيد أن انتشار المسؤولية الموضوعية المبنية على المادة 1384، الفقرة الأولى، من القانون المدني أدى إلى إعادة النظر في هذه النتائج الحاصلة من مبادرة مستقلة صرف.

654 - تقهقر الاشتراط لصالح الغير في مجال المسؤولية.

كان يمكن، رغمًا عن المنافع الأكيدة للاشتراط لصالح الغير الضمني في عقود نقل الأشخاص، أن يتقلب ضد المستفيدين منه. وبالفعل كانت تحديدات المسؤوليات التي يشترطها الناقل تفرض على المتقول وعلى الغير المستفيد⁽³⁾.

على أن إروالية الاشتراط لصالح الغير تترك خياراً للمستفيد طالما أن بإمكانه دائماً العدول عن الاشتراط ووضع نفسه في أرضية المسؤولية التقصيرية وكانت بنود تحديد المسؤولية المدخلة في عقد النقل، إذا مارس هذا الخيار، لا يحتج بها ضده. وهذا ما يفسر أن الضحايا، اعتباراً من عام 1951، فضلوا، بطريقة غير مباشرة، العدول عن الاستفادة من الاشتراط الضمني المشترط لصالحهم.

وهكذا جرى الحكم في عقد النقل البحري بأن المادة 1384، الفقرة الأولى، تنص على قاعدة عامة تطبيق على الملاحة البحرية، كلما كانت الأحكام الخاصة للقانون غير مستبعدة صراحة أو ضمناً. ويجوز لأصحاب العلاقة (خلفاء الضحية الذين يتصرفون باسمهم الشخصي) العدول عن الاشتراط الحاصل لصالحهم من قبل المتوفى في أوتة إبرام عقد

(1) انظر الرقم 617 السابق.

(2) يعترف الاجتهاد في نقل السلع للمرسى عليه بدعوى مباشرة ضد الناقل على أساس الاشتراط لصالح الغير مما يؤكد وحدة نظام المسؤولية الذي يخضع له الناقل. انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول شباط 1966، D. 1966، صفحة 338، تعليق DUREN - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 28 شباط 1964، R. RODIÈRE et B. MERCADAL، Droit de - 148، IV، 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، ESMEIN تأليف، الجزء VI، تأليف ESMEIN، المذكرات سابقاً، رقم 356، صفحة 400، ولا سيما التعليق 5. وكذلك (التعويض ذلك بأنه يحتج به ضد المدعين الذي يستندون إلى العقد) - منشورات I.G.D.J.، 1979، مقدمة P. CATALA، رقم 342 وما يليه، صفحة 245 وما يليها، وفي شأن دعوى المرسى أو المرسل إليه أو الناقل المستبدل، ملاحظات المؤلف الناقدة.

(3) انظر R. RODIÈRE، موسوعة Dalloz فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، 7، عقد النقل، 1971، رقم 57، (يصح [الاشتراط] خطراً بالنسبة إلى المستفيدين منه عندما يحوي العقد بند عدم المسؤولية أو بند تحديد التعويض ذلك بأنه يحتج به ضد المدعين الذي يستندون إلى العقد) - R. RODIÈRE et B. - MERCADAL المذكرات سابقاً، رقم 352، صفحة 410 - Ch. LARROUMET، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، 7 الاشتراط لصالح الغير، رقم 10.

القسم، ووضع أنفسهم في أرضية المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾. إن محكمة النقض أخذت بحل مماثل في مجال النقل الجوي⁽²⁾ والبري⁽³⁾. وقد أوصل هذا البناء الاجتهادي في النهاية إلى جعل مصير الضحايا، بطريقة غير مباشرة، مرغوباً فيه أكثر من المصير المخصص للضحية المباشرة التي تبقى خاضعة للبند التحديدي للمسؤولية. وهذا التباين في نظام التعويض جرى تخفيفه لاحقاً بتدخل المشرع.

655 - تأثير التشريعات المتعلقة بالمسؤولية.

لم يعد للاجتهاد الذي جرى عرضه اليوم سوى مجال تطبيق متبقٍ إذ تدخل المشرع لتوحيد نظام المسؤولية الذي يخضع له بعض الناقلين⁽⁴⁾.

فالمادة 24 من اتفاقية فرسوفيا في شأن النقل الجوي الدولي⁽⁵⁾ تنص على أن «كل دعوى مسؤولية، في الحالات المبينة في المادتين 18 و19، بأي صفة كانت، تتعذر ممارستها إلا ضمن الشروط والحدود الواردة في هذه الاتفاقية». وفي ما يختص بالنقل الجوي الداخلي المنعوت بالنقل البيئي، تنص المادة 322-3، الفقرة 2، من قانون الطيران على أن «مسؤولية الناقل جواً لا يمكن البحث عنها إلا في الشروط المبينة أعلاه، أيًا كان الأشخاص المقحمون، وإيّا كانت الصفة يدعون التصرف استناداً إليها». والمادة 42 من القانون رقم 66 - 420، تاريخ 18 حزيران 1966، حول عقود استئجار السفن والنقل البحري، تنص على أن «أي دعوى مسؤولية بأي صفة كانت لا يمكن أن تمارس إلا ضمن الشروط والحدود المبينة في هذا الفصل».

فمجال الاشتراط لصالح الغير لمنفعة بعض فئات الضحايا محصور إذ في عقد النقل الداخلي، وإنما لا يتم التمسك به عملياً بفعل انتشار المسؤولية الموضوعية.

(1) حكم Lamoricière، 19 حزيران 1951، D.1951، صفحة 717، تعليق G. RIPERT، مصنف الاجتهادات الدوري، 1951، II، 6426، تعليق BECQUÉ، S.1952، 1، 89، تعليق NERSON. وفي الاتجاه عينه حكم Champollion، 23 كانون الثاني 1959، D.1959، صفحة 281، تعليق RODIÈRE، النشرة المدنية، II، رقم 80، صفحة 50.

(2) حكم Vizioz، 23 كانون الثاني 1959، النشرة المدنية، II، رقم 82، صفحة 53؛ D.1959، صفحة 101، تعليق SAVATIER، مصنف الاجتهادات الدوري 1952، III، 11032 - حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 23 كانون الثاني 1959، النشرة المدنية، II، رقم 83، صفحة 54 - حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 21 كانون الثاني 1959، النشرة المدنية، II، رقم 88، صفحة 58.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 حزيران 1961، النشرة المدنية، I، رقم 354، صفحة 282، في ما يتعلق بحادث حافلة كهربائية (tramways) وقد تورق فور قرب الضحية إثبات خطأ الناقل.

(4) انظر: J.L. GOUTAL، الأشرطة المذكورة سابقاً، رقم 62، صفحة 51 - LAMBLANI، الأشرطة المذكورة سابقاً، صفحة 304 وما يليها.

(5) اتفاقية 12 تشرين الأول 1929 المعدلة في آخر المطاف بأربعة بروتوكولات في مونتريال في 25 أيلول 1975، وقد صادقت فرنسا عليها في القانون (رقم 81 - 1078)، 7 كانون الأول 1981 (الجمهورية الرسمية)، 9 كانون الأول، صفحة 3351 غير الساري المفعول بعد.

وما زال الاجتهاد، خارج هذا المجال، يستخدم لإزالة الاشتراط لصالح الغير من أجل إعطاء الضحايا دعوى عقدية ضد المسؤول الذي لا يربطها بهم أي رباط عقدي. وهكذا مثلاً اعترف الاجتهاد، في المادة الطبية، لضحية نقل الدم بدعوى مسؤولية ضد المركز الوطني لنقل الدم الذي أمن الدم للمستشفى⁽¹⁾. إن الأمثلة على هذا النوع نادرة اليوم، إذ يستبعد الاجتهاد في أغلب الأحيان فكرة الاشتراط لصالح الغير لإعطاء الضحية دعوى مسؤولية ضد المسؤول⁽²⁾. إن توسيع مجال المسؤولية العقدية للغير، بصورة أعم، لم يعد يحقق عن طريق الاشتراط لصالح الغير وإنما عن طريق الدعوى المباشرة⁽³⁾.

II - الطبيعة القانونية لإمكانية الاستبدال

656 - كانت محكمة النقض، حتى عام 1993، تحلل بشكل ثابت، ويدون منازعة ممكنة، إمكانية الاستبدال كاشتراط لصالح الغير وليس كمحاولة للتحقق.

النتيجة هي عينها كما في التنازل عن وعد بالبيع يمكن الحصول عليه بإدخال بند يحتفظ فيه المستبد بالخيار في استبدال أي شخص حسب اختياره.

وهذا الوصف جرى تكريسه في الشكل الأكثر وضوحاً في حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 2 تموز 1969⁽⁴⁾.

فقد أخذ مدعي الطعن على الحكم المطعون فيه بأنه حلل ثقل حق المستفيد من وعد بيع قطعة أرض تطبيقاً لبند استبدال ومرشحي اكتساب الملكية إلى اشتراط لصالح الغير، في حين أن ثمة تنازلاً حقيقياً باطلاً تطبيقاً للمادة 7 من قانون 19 كانون الأول 1963. ومن المعروف، استناداً إلى هذا النص الذي أصبح المادة A 1840 من القانون العام للضرائب، أن الوعود الأحادية الجانب بالبيع ذات التوقيع الخاص، باطلة إذا لم تسجل في مهلة عشرة أيام اعتباراً من قبول هذه الإمكانية في الخيار⁽⁵⁾. «والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى أي تنازل يتناول الوعود المذكورة...»⁽⁶⁾. وكان من الجوهرية إذا معرفة ما إذا كان استخدام إمكانية

(1) حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1954، D.1955، 269، تعليق RODIERE، مصنف الاجتهاد الدوري، 1955، II، 8490 و8559 مكرراً، تعليق SAVATIER، انظر منذ وقت أحدث حكم المحكمة البناية في نيس، 27 تموز 1992، D.S.1993، صفحة 38، تعليق D.VIDAL - حكم محكمة استئناف باريس، 28 تشرين الثاني 1991، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، II، 21797، تعليق M. HARICHAUX. وكذلك J-L. GOUTAL الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 173 ورقم 174، صفحة 128 وصفحة 130.

(2) انظر الرقم 617 السابق.

(3) انظر الرقم 739 اللاحق.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 541، صفحة 405؛ D.1970، صفحة 150، تعليق J-L. AUBERT؛ المجلة الفقهية للقانون المدني، 1970، صفحة 347، ملاحظة LOUSSOUARN.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 334.

(6) المادة 1840 A- من القانون العام للضرائب.

الاستبدال يشكل تنازلاً يخضع على هذا النحو للتسجيل.

وقد ردت محكمة النقض الطعن إذ لاحظت، في الشكل الأكثر وضوحاً، «أن قضاء الأساس، إذ ذُكر بأن الوعد الأحادي الجانب البيع الذي أجرته الأرملة Gava إلى Ballatore، المسجل نظامياً في اليوم التالي، كان يحوي إمكانية السيد Ballatore في أن يُستبدل به أي مكتسب ملكية حسب اختياره، أعلنوا بحق أن مجرد الإعلان من ناحيته، لتحقيق عملية كهذه، كان يكفي أن لا تكون أي حوالة حق قد تمت بينه ومكتسبي الملكية الذين سماهم، ذلك بأن العقد يتحلل كاشتراط لصالح الغير؛ وأن محكمة الاستئناف، استناداً إلى أسباب التسوية هذه، بدون التعرض لمأخذ وسيلة الدعم، سرّغت حكمها قانوناً».

ومن المعروف أن عبارة «أعلن بحق» الواردة في حكم الرد هذا تعبر عن إرادة محكمة النقض في أن تؤكد صراحة أن تأخذ على عاتقها الحل الذي طعن فيه طالب النقض. وقيمة حكم الرد هذا كسابقة، إذ يشكل حجية، لا جدال فيها إذن⁽¹⁾. وينبغي تحليل إمكانية الاستبدال الواردة في الوعد بالبيع كاشتراط لصالح الغير وليس كتنازل.

واستعدت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 17 نيسان 1984⁽²⁾، وسيلة دعم بمقتضاها يشكل استخدام المستفيد وعد الإمكانية المقدية بالاستبدال بغير المستفيد وهو ليس اشتراطاً لصالح الغير ولا ينشئ حوالة حق، بالضرورة تنازلاً ووعداً أحادي الجانب بالبيع خاضعاً إلزامياً لأحكام الانظام العام الواردة في المادة 1840 A من القانون العام للضرائب؛ ولا أهمية تذكر، في هذه الحالة، لوجود عمل مميز لكتاب الاستبدال المؤرخ في 27 شباط 1980، وفاعله نفسه لم يستعمل حق الخيار وبالفعل كان ثمة تنازل عن الوعد الأحادي الجانب بالبيع في 19 كانون الثاني 1980 بمعنى النص المعني الذي انتهكه الحكم».

وفي عرف محكمة النقض «أن الحكم، بعد أن أخذ بأن السيد Bouquet، المستفيد الأولي، لم يستعمل حق الخيار بل اكتفى بالإعلام أنه حل بديلاً عن الزوجين Saul، أعلن بصواب أن هذا الاستبدال الذي ليست له صفة التنازل لا يدخل مجال تطبيق المادة 1840 A من القانون العام للضرائب...». وهكذا كان الحل موضع تأييد بوضوح. فليس لممارسة إمكانية الاستبدال المشروط في الوعد طابع التنازل. إن الأمر يتعلق، خلافاً لما ورد في الدعم المقدم لمحكمة النقض الذي جرى رده، باشتراط لصالح الغير حسب الوصف الذي

(1) انظر المدخل العام، رقم 459 والزمانين المستشهد بهم ولاسيما J. VOULET, L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation, de la Cour de cassation, مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، 1، 2306، رقم 13 ورقم 14.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 87، صفحة 170، 1984، Defrénois، البند 33432، ملاحظة G. VERMELLE، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 177، ملاحظة R. RÉMY، 1985، D، صفحة 234، تعليق I. NAJJAR... انظر مع ذلك، منذ وقت أحدث، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 أيار 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، IV، صفحة 266، الذي رأى أن إمكانية المستفيد من وعد بيع عقار في استبدال نفسه بالغير لا يتزعم عن الاتفاقية نفسها طابعها الأحادي الجانب. وتنفرد إذاً خاضعة لموجب التسجيل في المهلة القانونية تحت طائلة البطلان.

سبق أن اعتنقه حكم 2 تموز 1969 الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة نفسها.

إن الغرفة نفسها، إذ ردت في أول نيسان 1987⁽¹⁾ طعنًا يأخذ على الحكم المطعون فيه انتهاك المادتين 1690 و1121 من القانون المدني والمادة 1840 من القانون العام للضرائب بحجة أن هذا «الحكم أخذ بصواب بأن قيام المستفيدين من وعد بالبيع باستبدال أنفسهم بالغير لا يشكل حوالة حق ولا يتضمن موجب إنجاز المعاملات المتصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني»، أكدت اجتهادها السابق وبمقتضاء تتحلل إمكانية استبدال كهله كاشتراط لصالح الغير.

لا شك في أن الغرفة المدنية الأولى لا تكرر هذا الوصف صراحة. بيد أنه من المعروف أن محكمة النقض لا تجد ضرورة لاستعادة التصويب النظري لحل ما عندما تعتمد إلى تطبيق جديد لهذه النظرية. وكما لاحظ أحد المؤلفين⁽²⁾ المأذون له بصورة خاصة في تفسير أحكام محكمة النقض «يُقدَّر أنه بالإمكان، بالبناء على سابقة أكيدة، عدم ذكر مصدر الاستدلال». إن انتهاك المادة 1121 من القانون المدني تمسك به طالبو النقض صراحة وذلك يكفي لبيان أن وصف الاشتراط لصالح الغير كان دعامة الحل الذي اعتمدته قضاة الأساس لاستبعاد وصف حوالة الحق.

وفي 27 نيسان 1988⁽³⁾ حكمت الغرفة المدنية الثالثة أيضاً «بأن ممارسة المستفيد من وعد أحادي الجانب بالبيع الإمكانية المعترف له بها في أن يستبدل نفسه بشخص آخر، ليس لها طابع حوالة الحق، وأن محكمة الاستئناف التي تحققت من أن السيد Breitlmayer، المستفيد المتبدل، رجع عن قبوله، تمكنت، بغض النظر عن سبب تسويف متوفر، من الأخذ بأن صفة السيد Van Steenlandt في استعمال الخيار لم تكن موضع شك».

ومن المرجح أن محكمة النقض كانت مهتمة بصون حقوق المتبدل المشروعة تجاه حقوق إدارة الضرائب، واعتمدت لهذه الغاية الاشتراط لصالح الغير لتجنب حق الغير البطالان. إن اهتمامات معينة، أياً كان الأمر، قادت محكمة النقض إلى الاعتراف، في مجال التأمين على الحياة، للمستفيد بحق مباشر يتخلص من ميطرة دائي المشروط أو ورثته. ويمكن تقدير أن الحل المعتمد ليس نبياً على أساس قانوني وحسب بل إنه مسوّغ، فضلاً عن ذلك، بالإنصاف ويستحق التأيد.

وقد أكدت الغرفة المدنية الثالثة رد وصف حوالة الحق أيضاً، في 27 تشرين الثاني

(1) Les Petites Affiches، 30 تشرين الأول 1987، صفحة 13 وما يليها، تعليق J. GHESTIN، النشره المدنية، III، رقم 68، صفحة 40، D.1987، 454، صفحة 454، تعليق AYNÈS، المجلد الفعلية للقانون المدني، 1987، صفحة 778، ملاحظة Ph. RÉMY.

(2) A. BRETON، ملاحظة على حكم النقض المدني في 6 كانون الثاني 1987، 1987، Defrénois، البند 34027، صفحة 991.

(3) النشره المدنية، III، رقم 83، صفحة 48، D.1989، 65، صفحة 65، تعليق I. NAJJAR، فهرس Defrénois، 1988، البند 34384، رقم 127، صفحة 1485، ملاحظة G. VERMELLE.

1990⁽¹⁾. وهكذا حكمت بأن «قيام المستفيد من الوعد بالبيع باستبدال نفسه بالغير لا يشكل حوالة حق، وأن محكمة الاستئناف، التي أخذت بأن لا شيء يجبر السيد Baudiquet على إخطار البائعة بأنه استبدل نفسه بشركة SCI Saint Valentin لشراء قطعة الأرض، سوّغت حكمها قانوناً».

يبدو تنازع الأوصاف إذاً قد تمت تسويته في النهاية في القانون الوضعي.

657 - يد أنه يبدو أن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بدأت بتعليل اجتهادها في حكم 7 تموز 1993⁽²⁾.

كان النزاع الذي على محكمة النقض البت به يتمثل في الشكل الأكثر تقليدية. فقد باع الزوجان Prunier في 26 حزيران 1986 ملكاً ريفياً لشركة المنازل الريفية مع إمكانية الاستبدال كمكتب ملكية وكفلاً ذلك في الوقت عينه. فحلت الشركة محل الزوجين Andrieu في أول تموز 1986. يد أن الزوجين Prunier باعوا الشركة، في النهاية، قسماً من الملك وأجروا الباقي لصالح ابن مدير الشركة. فقاضت السيدة Andrieu عندئذ الزوجين Prunier للفسخ الجبري للبيع. فرد ادعاؤها إلا أنه جرى قبول طعنها بالعبارات التالية:

«أخذ الحكم، لرد ادعاء السيدة Andrieu، بعد أن أعلن بالضبط أن التنازل عن العقد الذي قامت به شركة المنازل الريفية لصالح السيدة Andrieu كان خاصاً لتطلبات المادة 1690 من القانون المدني، بأن الاعتراف بوجود التنازل من قبل الزوجين Prunier، خارج أي طرف، يُظهر بشكل أكيد أنهما توخيا الموافقة على استبدال السيدة Andrieu، وليس من شأته أن يكون مساوياً القبول الضمني من جهتهما بنقل الدين؛ ومحكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أن إمكانية الاستبدال المعطاة للزوجين Prunier، في العقد ذي التوقيع الخاص الذي يربطهما بمكتب الملكية، لم تكن مقترنة بأي شرط آخر غير شرط كفاية مكتب الملكية الأصلي بالنسبة إلى مكتب الملكية المستبدل، انتهكت» المادة 1134 من القانون المدني.

إن إيجاز هذا الحكم يجعل تقديره دقيقاً. ثمة شيء أكيد، وإن كان مجرداً من الفائدة بالنسبة إلى مقصدنا، هو أن قضاة الأساس ليس بإمكانهم أن يضيفوا إلى العقد موجياً لا يحويه. ولا توجد هنا أي أصالة. فقضاة الأساس، طالما أن العقد لا يتضمن بند الموافقة على التنازل، لم يكن في وسعهم إخضاع تمامه لقبول الزوجين Prunier استبدال السيدة Andrieu في حقوق شركة المنازل الريفية⁽³⁾. كما أن إخضاع التنازل عن العقد للمعاملات

(1) النشرة المدنية، III، رقم 248، صفحة 1140، فهرس Defrénois، 1991، صفحة 1241، ملاحظة Y. DAGORNE-LABBÉ.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 111، صفحة 473، D.1994، صفحة 211 من المراجع، ملاحظة A. PENNEAU.

(3) إن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، على عكس ما تمكن أحد المؤلفين من اعتضاده، لم يشر مطلقاً

الواردة في المادة 1690 من القانون المدني ليس جديداً⁽¹⁾، وإن كان منازعاً فيه في مفهوم معين لطبيعة «التنازل عن العقد»⁽²⁾.

وبالمقابل، يبدو أن تأييد محكمة النقض الحكم المطعون فيه، في القانون، كما يبين ذلك استخدام التعبير «بعد أن أورد بالضبط»، اجتهاده الذي يتسك بتنازل من عقد بالنسبة إلى إمكانية الاستبدال، يستوجب تعديلاً لتحليله. وتقود قراءة أولى بالفعل إلى الأخذ بأن إمكانية الاستبدال، بالنسبة إلى الغرفة المدنية الثالثة، تحلل كتنازل عن العقد. وبالفعل لم تعلن المحكمة عن مبدأ عام ومجرد؛ إنها اكتفت بالأخذ بأن «التنازل عن العقد قامت به شركة المنازل الريفية لصالح السيلة Andrieu». وهكذا تجنبت أن تبين، بطريقة لا شخصية، أن استبدال المستفيد من الوعد بالبيع نفسه بالغير يشكل تنازلاً عن العقد. يضاف إلى ذلك أن التأييد القانوني الوارد في أسباب التسوية التي اعتمدتها يمكن أن يتعلق بتطبيق المادة 1690 من القانون المدني على التنازل عن العقد بدون أن يشعل ذلك الوصف نفسه للتنازل. ومن المعروف بالفعل أن تطبيق معاملات المادة 1690 من القانون المدني على التنازل عن العقد موضع جدال⁽³⁾. والمحكمة، ببيان أن التنازل عن العقد كان خاضعاً لتطلبات المادة 1090، تمكنت فقط من أن تتناول رقابتها الاستنتاج القانوني وليس وصف العقد الذي ربما لم تتم مناقشته أمام قاضي الأساس⁽⁴⁾. ويمكن، فضلاً عن ذلك، استدلالاً بالبعد، التفكير في أن الرقابة لم تتناول الوصف، وكان بإمكان الغرفة المدنية الثالثة استخدام صيغة أكثر إيجازاً. كان بإمكانها، مثلاً، بيان أن الحكم، بعد أن أعلن على وجه صحيح أن إمكانية الاستبدال، تحلل كتنازل عن العقد خاضع للمادة 1690 من القانون المدني... ومن المعروف ولا ريب أن أي تفسير بالاستدلال بالبعد هو جزائي؛ بيد أن هذه الطريقة في التحليل هنا تنتم إلى التفسير الحرفي، وليس من المستحيل بالتالي التفكير في أن الأمر يتعلق بحل قضية معينة.

ثمة مؤشران إضافيان في هذا الاتجاه حتى ولو لم يكونا ناتجين عن تفسير الحكم. إن مصلحة التوثيق، في المقام الأول، وهي تقوم بالنشر الرسمي، تحدد أن الحكم «يقارن»

= إلى «أن شكلية حالة الحق مستبعدة غمياً ما دام أن التنازل، كما في الحالة الراضة، تعهد تجاه المحال عليه بضمان التخلف المحتمل للمحال عليه (يفتضي على الأرجح قراءة التنازل له)»، A. PENNEAU، المرجع فيه، صفحة 212. إن محكمة النقض تعاقب فقط قضاء الأساس على إخضاع صحة التنازل لمراقبة غير مخصوص عليها عقدياً. ومن المعروف أن مجرد إبلاغ المدين المحال عليه يكفي لحجية النقل تجاه الغير. والسألة الوحيدة التي يمكن طرحها هي مسألة معرفة ما إذا كانت محكمة النقض، بالحكم على هذا النوع، قد قبلت صحة التنازل الاتفاقي عن العقد بدون مراقبة المحال عليه، أي أنه قائم فقط بين التنازل والتنازل له.

(1) انظر الرقم 688 اللاحق.

(2) انظر الرقم 695 اللاحق والتعليق.

(3) انظر الرقم 688 اللاحق.

(4) من المعروف، في هذه الحالة، أن الدعم الذي ينزع إلى معارضة الوصف أمام قاضي النقض ممزوج بالضرورة بالواقع والقانون وغير مقبول انطلاقاً من ذلك. انظر الرقم 129 السابق.

بحكم 27 تشرين الثاني 1990 (المذكور سابقاً). ولم يؤت على ذكر «في الاتجاه المعاكس» ما هي الصيغة التي تدل على تحول في الاجتهاد. وهذه المصلحة نفسها، في المقام الثاني، تستخدم كلمات مفاتيح «حوالة الحق» وليس «رد التنازل عن العقد». ولهذا البرهان الأخير قوة أقل إذا اعتبرنا أن الأحكام الصادرة في مادة التنازل عن العقد مفهومة في خانة «حوالة الحق».

على أنه يعتبر أن هذين البرهانين الأخيرين ليسا حاسمين. ويبدو من الصعب أن نرى في الحكم تعديلاً واضحاً لاجتهاد الغرفة المدنية الثالثة. وينبغي انتظار تأكيد أكثر وضوحاً يتعلق بالوصف ذاته.

يقتضي إذاً أن يستعاد النقاش النظري الذي قام حول وصف إمكانية الاستبدال لبيان عناصر التفكير التي تتيح استخلاص وجود وصف مبني، ذلك بأنه ليس ثمة أي نص قانوني يتعارض مع أن يلجأ الفريمان إلى إوالية التنازل، شرط الإفصاح عن ذلك والخضوع لنظامه.

658 - الجدل الفقهي.

بين السيد Aynès في أول الأمر⁽¹⁾ أن وصف الاشتراط لصالح الغير صناعي إلى حد كبير، ويبدو أنه انضم إلى هذا الرأي. واقترح، لتسوية حكم الغرفة المدنية الأولى، أن يستبدل بوصف حوالة الحق الذي أدانته محكمة النقض صراحة وصف التنازل عن العقد أو وصف الوضع العقدي. واستعاد منذ وقت أحدث هذا الاقتراح بأن عارض هذه العرة بصورة واضحة الاشتراط لصالح الغير⁽²⁾.

يبد أن الاجتهاد يطبق على التنازل عن العقد معاملات حوالة الحق المفروضة في المادة 1690 من القانون المدني⁽³⁾. وتمسك السيد Aynès بالتالي، لتسوية الحل الذي اعتمدته محكمة النقض، بعدائية عامة لهذه المحكمة تجاه معاملات المادة 1690 من القانون المدني

(1) D.1987، صفحة 454.

(2) MALAURIE et AYNÈS, Les obligations, الطبعة الرابعة، 1993، رقم 783، صفحة 429 و صفحة 430.

(3) انظر حكم الهيئة بكامل أعضائها في محكمة النقض، 14 شباط 1975، D.1975، صفحة 348 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1975، النشرة المدنية، III، رقم 150 - 16 تموز 1975، النشرة المدنية، III، رقم 252 - 21 كانون الثاني 1976، مجلة تصد العلك، 24 أيار 1976، بانوراما الاجتهاد - حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 2 كانون الأول 1948 و 28 أيار 1949، مجلة بدلات الإيجار، 1949، صفحة 47 و صفحة 614، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1951، صفحة 391، ملاحظة S. CARBONNIER. انظر حول تطور الاجتهاد والفقه MALAURIE، Ph.، محاضرات في الدكتوراه في جامعة باريس II، 1975 - 1976، الصفحات 95 إلى 104. P. RAYNAUD, Les contrats ayant pour objet une obligation, محاضرات في دبلوم الدراسات المعمقة، جامعة باريس II، 1977 - 1978، صفحة 174 و صفحة 175. J. CHESTIN, La transmission des obligations en droit positif، 175، الفرنسية، في La transmission des obligations، أعمال اليوميات IX، 1980، Jean Dabin، الرقم 34 والرقم 89.

والمادة 1840 من القانون العام للضرائب. ومن المسموح به التفكير في أن محكمة النقض، أيًا كانت سياستها، لا تستبعد تطبيق نص آخر بدون توضيح وصف يسمح بحل كهذا.⁽¹⁾ إن الوصف موجود في الحالة المعنية، إنه الاشتراط لصالح الغير. يبقى إذاً بيان أن الانتقادات الموجهة إليه ليس لها أساس.

كان هذا الحل موضع انتقاد السيد Aubert، واستعداد هذه الانتقادات عند مؤلفين آخرين⁽²⁾.

يأخذ السيد Aubert في أول الأمر على وصف الاشتراط لصالح الغير بأنه غير واقعي بما فيه الكفاية. ويرى، انطلاقاً من هذه الملاحظة غير المنازعة فيها بأن خصوصية الاشتراط لصالح الغير هي إنشاء الحق مباشرة في ذمة الغير المستفيد المالية بحيث أنه لم يوجد على الإطلاق في ذمة المشتري المالية، أن في ذلك اعترافاً مفرطاً بالروابط التي توحد المستفيد الأولي بمكتسب الملكية النهائي⁽³⁾. ثم يحلل هذه الروابط ويؤكد أن الأمر لا يمكن أن يتعلق إلا بتفصيل موجب التنازل عن الإفادة من الوعد، مما يعني قبول تنازل سابق، أو تبرع يعارض معقولته بالصيغة التالية: «... مما هو غير طبيعي».

إن هذه الملاحظات لا تأخذ ولا ريب في الحسبان بما فيه الكفاية أن هناك، في العلاقات التجارية أو الأعمال، خارج العمليات المحققة مقابل ثمن التي تشكل بفعل ذلك تنازلاً بعض، تبادلات أخرى تعود إلى المجال القانوني للمجانبة «التجارية»، بمعنى أن الخدمة المؤداة لا تحوي ثمنًا منفصلاً عليه، وإنما ليست لها أي علاقة بالتبرعات التي يوصي بها شعور حنان أو عرفان بالجميل، وليس في عالم الأعمال أي شيء غير معقول في أن تنقل إحدى الشركات إلى شركة أخرى الإفادة من صفقة مع عبء مقابل، حتى الإفادة من الإمساك برقابة شركة ثالثة. ولا حاجة على الإطلاق لتصور تنازل سابق مستتر. يكفي أن تتمثل في تسمية الغير المستفيد من الاشتراط لصالح الغير فائدة معنوية، تجارية عملياً، لكي تكون هذه الإفادة في آن معاً قابلة للتفسير تماماً وواقعية وقانونية. والحال أن السيد Aubert لا يعارض أن يكون مجرد منفعة معنوية كافياً تماماً لإجازة الاشتراط لصالح الغير.

إن تفسيرات إمكانية الاستبدال متعددة في الحقيقة ولو اتخذت الشكل القانوني

(1) انظر LOUSSOUARN المذكور سابقاً - J-F. LUSEAU, Des problèmes actuels posés par la promesse

المجلة الفصلية للقانون المدني، 1977، صفحة 485 رقم 21 وما يلي

F. BENAC - SCHMIDT, Le contrat de promesse unilatérale de vente - أطروحة في باريس I،

1983، منشورات L.G.D.J، مقدمة J. GHESTIN، ر: La promesse unilatérale de vente à propos de

M. GENINET, Théorie générale des avant - صفحة 7 وما يليها - D. 1990،

contrats en droit privé، أطروحة في باريس II، 1985، الجزء II، رقم 845 - Ph. RÉMY، ملاحظة

على حكم الغرفة المالية الثالثة في محكمة النقض، 17 نيسان 1984، المجلة الفصلية للقانون المدني،

1986، صفحة 178.

للاشتراط لمصالح الغير. وكما لاحظ السيد Najor⁽¹⁾ «يمكن أن يتعلق الأمر بتقرير الشراء عن الغير، أو بحق خيار البيع الحاصل عن طريق وسيط، أو عن طريق وكيل، أو عملية مسمرة، أو خدمة صديق، أو مشروع يهدف إلى معرفة ما إذا كان من الممكن بالضبط الحصول على إعادة تجميع حصص منفصلة تعود إلى عدة مالكين أو عدة مالكين على الشيوع...». ومن المتواتر أيضاً أن يستبدل المستفيد نفسه بشركة أنشئت فقط لغاية اكتساب ملكية مال من أجل تنجيده. وكان بالإمكان تعريف الاشتراط لمصالح الغير بأنه «شكل تمثيل مصالح الغير بالامتياز»⁽²⁾.

ويأخذ السيد Aubert أيضاً على الوصف الذي اعتمدته محكمة النقض بأنه يستبعد معاملة إبلاغ المدين التي تفرضها المادة 1690 من القانون المدني في مادة حوالة الحق أو التنازل عن العقد. واستنتج من ذلك أن «تحليل العملية كاشتراط لمصالح الغير يوجب قواعد العلتية التي تحمي حقوق الغير...». ويضيف: «من المسموح به الخوف من أن تعديلاً كهذا يسهل الغش الموجه إلى «التنازل لهم» المتعاقبين على الخيار».

وذلك يعطي أولاً معاملة المادة 1690 مدى لا تستحقه في أي شكل من الأشكال. ولا شك في أن «الفقه السائد يحلل معاملات المادة 1690 من القانون المدني بأنها «تدابير علتية عند عدم وجودها لن تكون حوالة الحق محتجاً بها» تجاه الغير. ويمكن الاعتراض فوراً بأن معاملات المادة 1690 تكتفي بإعلام التنازل المدين المحال عليه. بيد أن الفقه يعتبر بصورة عامة أن التنازل له والغير صاحب العلاقة لهما الإمكانية والواجب في الاستعلاء بغسهما لدى المدين المحال عليه. وهكذا، وبصورة غير مباشرة، يكفي استعلاء هذا الأخير لتأمين علتية التنازل تجاه الجميع... وفي أول الأمر، وكما لاحظ العميد Carbonnier⁽³⁾، «المقارنة» بالعلتية العقارية «جبرية أكثر من غيرها (ليس بإمكان الغير الاستعلاء لدى المدين المحال عليه كما لدى أمين السجل العقاري) (أو الشهر العقاري) والعمل الموثق لدى الكاتب العدل غير قابل حتماً لأن يطلع عليه». إن معاملات المادة 1690، كقاعدة عامة، لا تحقق تجاه الغير سوى علتية غير أكيدة، وناقصة في أي حال، وهي دون العلتية العقارية إلى حد كبير»⁽⁴⁾.

على أن ضرورة إعلام الواحد اسم الغير المستفيد، عملياً، في إوالية الاشتراط لمصالح الغير، مع تسمية هذا المستفيد، تؤمن علتية من النسق ذاته للعلتية الناتجة عن إبلاغ المدين

(1) تعليق على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 نيسان 1984، D.1998، صفحة 236.

(2) في هذا الاتجاه، PLANTIER, RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, 1952، الطبعة الرابعة، الجزء 2، رقم 661، صفحة 233، M. PICARD - السقالة المذكورة سابقاً في أعمال رابطة CAPITANT، 1952، صفحة 267.

(3) Obligations، الفقرة 126.

(4) J. GHESTIN, *La transmission des obligations en droit positif français*, in *La transmission des obligations*، أعمال اليرميات القانونية التاسعة، Jean Dubin، منشورات L.G.D.J، 1980، الصفحات 26 إلى 28، الأرقام 35 إلى 37.

المحال عليه المفروضة في المادة 1690. فإمكانات الغش ليست بالتالي مختلفة جوهرياً. يضاف إلى ذلك، كما لاحظ السيد Najjar⁽¹⁾، «أن الغش لا يفترض ولا نرى، فضلاً عن ذلك، لماذا حق الخيار يجب أن يخضع «للمعاملات حوالة الحق» (البالية أحياناً)، في حين أنه ليس حقاً في الدين» (انظر). I. NAJJAR, Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, P. RAYNAUD مقدمة منشورات L.G.D.J، (1967).

بيد أن ثمة ما هو أشد خطورة. إن تحليل السيد Aubert يركز على تأكيد وجود «متنازل لهم» عقب الخيار من المناسب حمايتهم. وهذا يفترض المسألة المعروضة محلولة. إن خاصية الاشتراط لصالح الغير هي بالضبط استبعاد التنازلات المتعاقبة. إذن ليس هناك متنازل لهم متعاقبون يجب أن يكونوا موضع حماية فالمستفيد هو، منذ تسميته وقبوله، حائز الدين، ويعتبر أنه كذلك منذ الأساس.

لن يبقى إذاً من برهنة السيد Aubert سوى اعتبار يعود إلى التنكر لاهتمامات إدارة الضرائب. وهي لا تستقيم إلا في الحالات التي تكون فيها الرسوم والضرائب على النقل جديرة بالحيان. والحال أن وصف إمكانية الاستبدال لا تهم إلا القانون الضريبي. ثم إن هذا المؤلف يقلل هو نفسه أن «الخطورة الكبيرة للمعاقبة المدنية التي لوحت (أي إدارة الضرائب) بها ألبست، على الأقل جزئياً، مسؤولية عن عدم فعالية تصميم الدفاع الذي أعدته»⁽²⁾.

وفي الواقع يعود إلى محكمة النقض رسم حدود تشابك الانتظام العام، ولا سيما الضريبي، في السير الطبيعي للعلاقات العقدية.

659 - يتوقف حق الاستبدال على العقد المثبت عنه، بدون تعديل طبيعة الاستبدال القانونية.

بيد أن السيدة Bénac-Schmidt كتبت في أطروحتها حول عقد الوعد الأحادي الجانب بالبيع⁽²⁾، بعد أن أثبت على ذكر برهنة السيد Aubert، «أن محكمة النقض، المتأثرة بهذه البراهين، أعادت النظر في اجتهادها وتبنت الحل المعاكس في 4 حزيران 1971، ورفضت أن ترى في بند الاستبدال اشتراطاً لصالح الغير»⁽³⁾: «إن العقد الذي يعطى فيه المستفيد أو أي شخص آخر الاحتفاظ بإمكانية في أن يكتسب، كما يحلو له، حتى تاريخ محدد، ملكية مال، هو وعد أحادي الجانب بالبيع تطبق عليه العادة 7 من قانون 19 كانون الأول». وخلصت

(1) تحليل على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 نيسان 1984، 1985، D.، صفحة 235.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 217، صفحة 154، وصفحة 155.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض 4 حزيران 1971، النشرة المدنية، III، رقم 357، صفحة 254 D.S.، 1972، صفحة 26 من الموجز - مجلة قصر العدل، 1971، 2، 791 - مصنف الاجتهادات المدري، 1971، II، 16861.

السيدة Bénac-Schmidt إلى القول: «يضع هذا الحكم نهاية للتفريق الاحتمالي بين التنازلات بخصر المعنى والتنازلات استناداً إلى بند استبدال».

ومن المناسب ملاحظة أن النص الذي استشهد به المؤلف غير وارد في حكم محكمة النقض نفسه. إن الأمر يتعلق في الحقيقة بموجب هذا الحكم الذي نشرته مجلة Dalloz والذي يعاثل الموجز الوارد في نشرة الأحكام المدنية لمحكمة النقض. والاستشهاد بسبب ذلك أقل صحة ومن المسموح به اعتبار أن التفسير المبني على هذا النص غير الكامل مغلوط كما بين تماماً السيد Najjar في ملاحظاته على الحكم الصادر في 17 نيسان 1984 عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض⁽¹⁾.

كان في هذه القضية التي أتاحته الفرصة لصدور حكم 4 حزيران 1971 وعد أحادي الجانب بالبيع مع إمكانية الاستبدال. وهذا الوعد نفسه، وليس التنازل الموعود الذي حققه العمل بإمكانية الاستبدال - وهنا النقطة الجوهرية - لم يسجل في المهلة التي يفرضها المادة A من القانون العام للضرائب. وامتنع قضاة الأساس من ذلك أن هذا الوعد كان باطلاً. وقد تمسك الطعن للنقض بأن هذا النص الضريبي الواجب تفسيره بشكل حصري لم يكن مطبقاً إلا على وعود أحادية الجانب عادية بالبيع، وليس على الاشتراط لصالح الغير⁽²⁾، وهكذا أبطل قضاة الأساس عن خطأ الوعد الذي سمي فيه المشروط ابنته القاصرة كمستفيدة.

غير أنه كان من اليديهي أن يطلان الوعد، لعدم التسجيل خلال عشرة أيام من قبوله كوعد، يؤدي في الوقت عينه إلى تلاشي الاشتراط لصالح الغير الناتج عن إمكانية الاستبدال. وهذه الإمكانية لا يمكن أن تعدل وصف الوعد الأحادي الجانب بالبيع، ولا أن تسوّغ صحة هذا الوعد، ما دام أن هذا الوعد لم يسجل في المهلة القانونية، وبالمقابل، وبخلاف القضية التي وفرت الفرصة لصدور حكم 2 تموز 1969، لم تكن المسألة على الإطلاق معروفة ما إذا كانت إمكانية الاستبدال تشكل في ذاتها تنازلاً يفسح في المجال لتسجيل جديد. إذ إن صحة الوعد ذاتها هي التي كانت منازعاً فيها وليست إمكانية الاستبدال. ولم يتم التمسك بهذه الإمكانية، في القضية التي أتاحها صدور حكم 4 حزيران 1971، إلا لمحاولة تعديل وصف الوعد الباطل وحده. ولم يكن الأمر متعلقاً على الإطلاق بالوصف الخاص بإمكانية الاستبدال.

كان من الطبعي كما حكمت محكمة النقض أنه من المستحيل التمسك بإمكانية استبدال لتعديل وصف الوعد الأحادي الجانب بالبيع التي تطمعت فيه. فبالنسبة إلى الغرفة المدنية الثالثة «إن محكمة الاستئناف أخذت عن وجه حق بأن عقد 21 آذار 1964 كان يشكل وعداً أحادي الجانب بالبيع أعطاه Payremaure de Bord لـ Sekler الذي قبله في اليوم ذاته بوضع توقيعه؛ وإن إمكانية المستفيد في أن يقيم نفسه مالكاً حسب اختياره لم يكن من شأنها تعديل هذا الوعد».

(1) D.1985، صمحة 234.

وقد استعاد السيد Remy، في ملاحظاته على الحكم الصادر في 17 نيسان 1984، الانتقادات التي وجهها السيد Aubert في عام 1970. نلاحظ أنه «لا نرى أن الاشتراط لصالح الغير يقوم هنا، بين المستفيدين الأول والثاني من الوعد، بأحد هذين الدورين العاديين: خدمة دفع دين المشتراط (المستفيد الأول) أو تحقيق تبرع لصالح المستفيد من الاشتراط (الغير المستبدل). ويجري الاستبدال عموماً بعوض، من المشتراط إلى المستبدل اللذين ليس بينهما أي رباط موجب موجود سابقاً... وفي المقام الثاني ينتهك الحقيقة الافتراض أن حق المستفيد الثاني نشأ، منذ الوعد بالبيع، في ذمته المالية، بدون المرور بذمة المستفيد الثاني المالية؛ والدين (أو حق الخيار، ولا فرق)، في الحقيقة نشأ في ذمة المستفيد الأول المالية الذي ينقله، في اتفاقية متميزة ولاحقة، إلى المستفيد الثاني. والاشتراط لصالح الغير أخيراً، وعلى وجه الخصوص، عاجز تماماً عن تحليل سمة جوهريّة للاستبدال: المستفيد الثاني من الوعد يتعاقد، تجاه الواعد، على موجب دفع الثمن (إذا استعمل الخيار) أو التمييز عن التجميد المنصوص عليه في الوعد (إذا لم يستعمل الخيار)».

ويضيف السيد Remy: «استبدال المستفيد، في الحقيقة، هو تنازل عن الوعد... ولا أهمية تذكر في هذا الشأن لأن يستدل إلى بند استبدال متفق عليه صراحة: إن ذلك لا يغير شيئاً من طبيعتهم القانونية... وفي مطلق الأحوال يجب أن يسقط الاستبدال بفعل المادة 1840 - A من القانون العام للمضاربات».

ومن المسموح به التفكير في أن هذا المؤلف، بعد غيره، أخطأ في عدم التعليل إلاّ ضمن الحدود الضيقة للأوضاع التي تكون فيها المادة 1840 - A من القانون العام للمضاربات منلورة للتطبيق. إن محكمة النقض قد استبعدت، في الحقيقة، تطبيق هذا النص الضريبي ليس بسبب العداية تجاه هذا النوع من النصوص، كما اعتقد وجوب تأكيد ذلك السيدان Aynès و Remy، وإنما بكل بساطة لأنه ظهر لها أن وصف الاشتراط لصالح الغير أكثر مرونة وأكثر تكيفاً مع تنوع الأوضاع الملحمة من وصف التنازل عن العقد أو حوالة الحق. وعليه، وكنيجة لذلك، لم تكن هذه العملية القانونية غير المستهدفة بالنص الضريبي، خاضعة لتطلباته الشكلية.

ولا أهمية تذكر لكون وجهات نظر واضعي هذا النص الضريبي لم تتحقق تماماً ما دام أنهم أغفلوا النص على وضع قانوني حقيقي يشمل، بفعل ذلك، من البطالان الذي تعليه المادة 1840 - A من القانون العام للمضاربات. ولا يعود إلى محكمة النقض إكمال الأحكام الضريبية من الانتظام العام لزيادة فعاليتها عليها تطبيقاً وحسب. والحال أن المادة 1840 - A من القانون العام للمضاربات تستهدف تماماً التنازلات الأحادية الجانب عن الوعود. وهي لا تطبق على الاشتراطات لصالح الغير.

660 - يتبع الاشتراط لصالح الغير مع عبء إبرام عقد حقيقي لصالح الغير.

إن البرهان الذي أضافه السيد Remy بأن الاشتراط لصالح الغير عاجز عن تحليل

موجب دفع الثمن أو التعويض عن التجميد الملقى على عاتق الغير المستبدل لا يمكن الأخذ به. فلمستفيد من الاشتراط لصالح الغير، بالفعل، الحرية التامة في قبول الاشتراط الجاري لصالحه أو رفضه. فإذا قبل يكون ملزماً بموجبات متلازمة مع الدين الذي اكتسب ملكيته تجاه الراعد.

وقد حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بالطبع، في 10 نيسان 1973⁽¹⁾ «بأن اشتراطاً لصالح الغير، بمقتضى المادة 1119 وما يليها من القانون المدني، لا ينشئ سوى حق لصالح الغير وليس وضع عبء موجب على عاتقه خارجاً عنه». بيد أن الغير المستبدل، في هذه القضية، قبل فقط صفة مكتسب ملكية قطع أراضٍ هي موضوع العقد الأصلي. ولم يقبل أبداً أن يكون ملزماً بالوعد الذي أجراه الواعد لصالح الوكيل العقاري الذي كان الوسيط في اكتساب ملكية قطع الأراضي هذه. وقد حرصت محكمة النقض تماماً على التذكير بأن «هذا العبء لم يؤت على ذكره في أي من العقود اللاحقة التي كان هذا الغير فريقياً فيها»، وهذا الغير لا يمكن أن يصبح مديناً رغباً عنه.

كان يمكن أن يكون الحل مختلفاً لو كان الغير المستبدل قد قبل موجباً متلازماً مع الدين الذي كان سيصبح حائزاً بلعبة الاشتراط لصالح الغير.

وهذا بالاضبط ما حكمت به الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في حكم 21 تشرين الثاني 1978⁽²⁾ الذي رد وسيلة دعم تسكت «بأنه لن يكون ثمة اشتراط لصالح الغير إلا في الحالة التي يولد العقد فيها حقاً لصالح الغير ولا يضع على عاتقه موجباً ملة. إن محكمة الاستئناف، في عرف محكمة النقض، اتمكنت من اعتبار أن العقد أنشأ حقاً لصالح شركة SOGARA ومن الأخذ بأن هذه الاتفاقية المبرمة لصالح CCF كما لصالح شركة SOGARA كانت تحوي اشتراطاً لصالح هذه الشركة الأخيرة، وكون العقد قد وضع على عاتق شركة SOGARA تسديد الفواتير التي قبلتها لا يستبعد وجود اشتراط لصالح الغير».

كما حكمت الغرفة نفسها في 8 كانون الأول 1987⁽³⁾، «بأن الاشتراط لصالح الغير لا يستبعد، في حالة قبول المستفيد، أن يكون ملزماً ببعض الموجبات».

وهكذا، وما دام أن العرّج المتلازم مع الدين قد قبله الغير المستفيد، فلا يمكن أن يشكل عقبة أمام وصف الاشتراط لصالح الغير. وكون الاشتراط لصالح الغير، على وجه الخصوص، يؤدي إلى إلزام الغير المستفيد بموجب دفع الثمن بعد استعمال حق الخيار لا يمكن أن يمتوّج رد هذا الوصف. إن الاشتراط لصالح الغير يمكن أن يولد متلازماً مع الدين

(1) D.1974، صفحة 21، تعليق LARROUMET.

(2) النشرة المدنية رقم 358، صفحة 276، D.1979، صفحة 363 من التقرير، ملاحظة M. VASSEUR؛ D.1980، صفحة 309، تعليق C. CARREAU؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، IV، صفحة 137؛ II، 1980، 19315، تعليق RODIÈRE، 1979، Defrénois، صفحة 1176، ملاحظة J. AUBERT.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 343، صفحة 248.

(ل) ديناً (عليه) ما دام أن الغير المستفيد يقبل فعلياً هذين الدينين. وهكذا تبدو براهين السيد Rémy مجردة من أساس قانوني حقيقي.

661. - الأخذ، بالنسبة إلى إمكانية الاستبدال المشروط في الوعد بوصف التنازل يعني نزع أي مفعول له.

كما لاحظ السيد Aubert⁽¹⁾ «من المقبول منذ مدة طويلة أن المستفيد من وعد بالبيع بإمكانه التنازل عن الحق الناشئ عنه لصالحه، على الأقل عندما لا يكون هذا التنازل مستبعداً بسبب طبيعة العقد (بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه) أو يند صريح في الوعد (حل اعتمده الاجتهاد منذ النقص المدني في 21 كانون الثاني 1866، D.P.66، 1، 69؛ انظر منذ وقت قريب حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الثاني 1962، النشرة المدنية، رقم 509، صفحة 432)». وكست الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 12 حزيران 1985⁽²⁾، أيضاً هذه الإمكانية.

وليس للاشتراط الذي يمنح إمكانية الاستبدال، في هذه الظروف، مدى حقيقي إلا أن لا يكتفي بإعطائه حق لم يكن المستفيد يحوزه سابقاً. ووفقاً للمادة 1157 من القانون المدني عندما يكون لأحد البنود معنيان، يجب بالأحرى الأخذ بالمعنى الذي يكون للعقد فيه مفعول ما، بدلاً من الأخذ بالمعنى الذي لا ينتج فيه أي مفعول». ومن باب أولى يفرض الحل نفسه عندما يقود أحد التفسيرين إلى إبطال العقد، في حين أن التفسير الآخر يؤمن صحته. هناك دائماً مجال للاتراض، بالفعل، أن الفريقين توخيا إبرام عقد صحيح وليس العكس⁽³⁾.

وطالما أن شروط الاشتراط لصالح الغير مجتمعة، وهو ما لا ينكره أحد، وعلى وجه الخصوص السيد Aubert، فليس ثمة أي سبب لعدم تأييد الوصف الذي كرسته محكمة النقض منذ عام 1969 والذي أكد في 17 نيسان 1984 وأول نيسان 1987.

يضاف إلى ذلك أن هذا الوصف أخذت به الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 4 حزيران 1985⁽⁴⁾ في صدد وعد بالتفرع عن أسهم.

كانت السيدة Bisutti قد تعهدت بأن تباع شركة Bruynzeel أسهم شركة أخرى وأن

(1) التعليق المذكور سابقاً، صفحة 152.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 85، صفحة 73. يقبل هذا الحكم وصف التنازل الذي أخذ به قضاء الأساس في هذه القضية تجاه إمكانية الاستبدال طالما أن هذا الاستبدال يمكن أن يتم أيضاً عن طريق التنازل.

(3) ذكرت بيليل التفسير هذا الغرفة الرابعة، القسم A في محكمة استئناف باريس في 10 أيلول 1984، حكم غير منشور، صدر في قضية BEYRARD ضد AOIP، بهذه العبارات: «من حيث أن التفسير الذي أعطته المحكمة والذي تفرغه الساتان 1157 و1182 من القانون المدني هو التفسير الذي أعطته لجنة بروكسل التي يحدد كتاب صادر عنها في 10 كانون 1976 كان موضح مناقشة أن المادة 8 لم تعتبر مناقشة للمادة 85 لمعادها ربما عند استبعاد التفسير الذي أعطاه Beyrard». لا يمكن قول ما هو الأفضل من التفسير الذي يتيح الحفاظ على البند والعقد، بين تفسيرين، هو المفضل.

(4) النشرة المدنية، رقم 178، صفحة 149.

تتفرغ عن قسم من أسهم هذه الشركة نفسها لشركة SEFIMO.

وقد نقضت الغرفة التجارية حكماً لمحكمة استئناف فرساي طبق بند تحكيم بملاحظة أن هذا البند كان يربط «المشتري والواعد وحسب»، بحيث أنه، تطبيقاً للمادة 1165 من القانون المدني، لا يمكن أن تتمسك به شركة SEFIMO. وكانت قد لاحظت أيضاً أن «شركة SEFIMO كانت المستفيدة من اشتراط لصالح الغير مبهم بين السيدة Bisutti وشركة Bruynzeel».

لم يكن، بالتأكيد، ثمة استبدال، فالترغبات الموازية تتناول أسهماً مختلفة للشركة نفسها. بيد أن محكمة النقض بينت أنه لم يكن هناك تنازل عن العقد يمكن أن يجعل بند التحكيم إلزامياً بين المتنازل له والمحال عليه، وإنما مجرد اشتراط لصالح الغير يتيح فقط للغير المستفيد فرض الفرض عن الأسهم المتفق عليه لصالحه بين المشتري والواعد.

نرى في هذا التطبيق أن إوالية الاشتراط لصالح الغير أكثر مرونة بكثير من إوالية التنازل عن العقد. فالغير المستفيد بإمكانه أن يستفيد من الدين (له) المشتري لصالحه، وأن يكون ملزماً، احتمالياً، بالديون المتلازمة إذا قبل؛ بيد أنه ليس في الوضع العقدي للمشتري، بخلاف ما قد يتبع عن تنازل عن العقد الذي ليس سوى نقل، وضع عقدي.

662 - إمكانية الاستبدال المدخلة في وعد أحادي الجانب بالبيع أو الشراء قبله المستفيد يمكن أن ترتدي وصف الاشتراط لصالح الغير المستفيد من أي فكرة تنازل.

تخضع هذه الإمكانية، بهذه الصفة، لنظام هذا الاشتراط ولا يمكن أن تكون فعالة إلا أن لا يتعرض العقد الذي تندمج فيه لأي سبب للبطلان. وممارسة إمكانية الاستبدال، بصورة عملية، تكون دائماً صحيحة عندما تتم في مهلة عشرة أيام تلي قبول المستفيد الأولي، ولا أهمية تذكر لأن يكون الوعد قد تسجل أم لا. ويصبح مما لا غنى عنه، بعد انقضاء هذه المهلة المنصوص عليها في المادة A 1840 من القانون العام للضرائب، أن يكون الوعد الأولي مسجلاً سابقاً. وإذا تم إنجاز هذه المعاملة تكون ممارسة إمكانية الاستبدال بمنحى من هذا النص، ولن تكون بالتالي خاضعة لمعاملة التسجيل.

ويتيح الاشتراط لصالح الغير في النهاية تملص المستفيد من الإكراهات التي تثقل العقد المنبثق عنه، على الأقل في ما يتعلق بتنفيذه. وتساهم براهين قانونية وبراهين ملاءمة هكذا في تفضيل وصف الاشتراط لصالح الغير على وصف التنازل عن العقد أو وصف حوالة الحق. على أنه يكون من الضروري لإزالة الالتباس الناشء عن حكم 7 تموز 1993 أن تمتد الغرفة المدنية الثالثة موقفاً واضحاً.

الفقرة 2 - حدود المفهوم

663 - سبق أن رأينا أن الاشتراط لصالح الغير مرن في التطبيق الذي تلجأ المحاكم إليه. وذلك، وريب، السبب الذي يتمسك به بعض المؤلفين من أجله بأنه يمكن أن يصلح

لتحقيق حوالة الدين أو كذلك بأنه يفسر إوالية بطاقة الائتمان. وفي الحقيقة ليس هناك شيء من ذلك.

I - حوالة الدين

664 - ليس في القانون الوضعي الفرنسي نظرية قانونية مستقلة لحوالة الحق بصفة خاصة⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أن الاجتهاد يدينها صراحة. وبالفعل حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بوضوح، في 2 حزيران 1992، بأن الاتفاقية، حتى المصادق عليها من القضاء، لا يمكن أن يكون لها، في غياب موافقة الدائن، مفعول سقوط الدين وليست لها القوة الملزمة إلا في العلاقات بين فريقين الحوالة⁽²⁾. ولا يتيح أي إوالية الوصول إلى استبدال مدين جديد في علاقة العرجب الأولى مع تحرير المدين الأولي بدون تدخل الدائن⁽³⁾. غير أن الاشتراط لصالح الغير بدا بالنسبة إلى بعض المؤلفين قابلاً لأن

(1) ثمة بعض النصوص فقط مبشرة تتكلم على حوالة الدين بصفة خاصة غالباً ما يتم إدخالها في «التنازل عن المدة»، انظر على سبيل المثال المادة L.10-121 من قانون التأمينات في حالة تلف الشيء المؤمن؛ قارن به الخاصة، 1982، رقم 236 وما يليه، صفحة 388 وما يليها - وعلى عكس ذلك نص القانون رقم 1982، 12 تموز 1982، رقم 537 تاريخ 24 تموز 1986، المتعلق بالشركات التجارية.

(2) النشرة المدنية، 1، رقم 168، صفحة 115، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، I، 3832، صفحة 541، ملاحظة M. BILLIAU، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 122، ملاحظة J. MESTRE، 1993، D، صفحة 211 من المرجز، ملاحظة Ph. DELEBECQUE.

(3) هذه النتيجة الثلاثية هي التي تميز حوالة الدين المنعوت بالتام، انظر في A. GAUDEMET، Étude sur le transport de dettes à titre particulier، 1998، P. PLANIOL et R. RIPERT، Traité de droit civil français، 1141 وما يليه، صفحة 542 وما يليها - A. LEBRUN، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V حوالة الدين، 1970، رقم 2 - B. STARCK، المجلد 3، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 8 - J. L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 193 وما يليه، صفحة 146 وما يليها. أضف إلى ذلك: Ph. MALAURIE، La cession de contrat، 1976، Defrénois، القسم الأول، البند 31194، صفحة 1009 وما يليها، ولا سيما رقم 43 وما يليه، صفحة 1030 وما يليها - L. AYNES، La cession de contrat et les opérations à trois personnes، 1984، Economica، منشورات باريس، مقدمة Ph. MALAURIE، رقم 36 وما يليه، صفحة 41 وما يليها - P. RAYNAUD، Les contrats ayant pour objet une obligation، 1977، 78، صفحة 70 وما يليها، انظر في شأن تسويق المنظر، K-الدراسات المعقمة، جامعة باريس II، 1977، 78، صفحة 70 وما يليها، تأليف Fr. CHABAS، المجلد 1، الطبعة الثامنة، رقم 1277 - L. J. MAZEAUD، Obligations، 1980، journées d'études juridiques Jean Dabin، لوفان، ولا سيما رقم 78 وما يليه، صفحة 59 وما يليها.

يحقق، في شروط مرضية، استعادة الدين. والأمر لا يتعلق في الحقيقة إلا بتلطيف غير كافٍ إلى حد كبير.

665 - يحقق الاشتراط لصالح الغير ثقل دين بصورة غير مباشرة.

في عرف Lambert «تتحلل حوالة الدين كاشتراط لصالح الغير يعجزه المدين لصالح الدائن»⁽¹⁾، لأن «حوالة الدين ليس هدفها الرئيسي تحرير المدين المبحل من موجه»⁽²⁾. ويقارن المؤلف، فضلاً عن ذلك، بين الاشتراط لصالح الغير والإنابة، ويقدر أن الإنابة التي يمكن أن تحقق دفعا⁽³⁾ «تتمثلها النظرية الأعم للاشتراط لصالح الغير»⁽⁴⁾. إن الاشتراط لصالح الغير في هذه الرؤية يمكن أن يستخدم لتحقيق حوالة حق في تعابير مرضية.

ويضيف Lambert أن المادة 1121 تنبئ إلحاق الدين الجديد بجميع الاستثناءات العائدة للدين القديم. ويستنتج من ذلك أن العقد الذي يجمع المشتراط بالواعد هو مقياس حق المستفيد. «والحال أن المدين لم يكن قد أراد عادة إلزام المتنازل له إلا أن يكون هو نفسه ملزماً؛ لقد شاء إخضاع موجب شريكه في التعاقد لجميع التقييدات الخاضع لها موجب الخاص. فإذا كان الدين الأولي باطلاً بسبب عيب في الرضا، وإذا كان قابلاً للإبطال لعللة الغبن، فيكفي تحضص العقد الذي يحوي الاشتراط لصالح الغير لإدراك أن الحق المعطى للغير ضد الواعد منلور للتلاشي عندما يزول موجب المشتراط ذاته عقب إبطال أو فسخ»⁽⁵⁾.

ويلاحظ المؤلف أن الممارسة وجدت في الاشتراط لصالح الغير إوالية لم يظهر عدم كفايتها أبداً⁽⁶⁾. بيد أنه يلاحظ أن حوالة الحق المحقق باللجوء إلى الاشتراط لصالح الغير لا تفرض على الدائن الذي يبقى له الحق في التوجه نحو المشتراط مدينه الأصلي⁽⁷⁾. ورأى مؤلف آخر، السيد Goutal، أن «الاشتراط لصالح الغير، رغمًا عن عدم كفايته، يشكل في الممارسة بديلاً محترماً جداً لحوالة الحق»⁽⁸⁾. وتطرق، دعماً لهذه البرهنة، إلى

(1) La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس 1883، القانون الفرنسي الفقرة 200، صفحة 222.

(2) المرجع عنه صفحة 221.

(3) M. BILLAU، La délégation، أطروحة في باريس 1988، L.O.D.J. II، 1988، مقدمة J. GHESTIN، رقم 21 وما يليه.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 214، صفحة 233.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 248، صفحة 270. انظر ملاحظات LARROUMET الناقد، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 101، صفحة 232.

(6) الأطروحة المذكورة آنفاً، الفقرة 216، صفحة 235.

(7) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 218، صفحة 238. يزعم المؤلف هذا الحل بالمبدل الذي يقتضاه «إذا كان العقد يمكن أن يعطي فوراً حقاً للغير، فهو عاجز عن أن يحسب منه حقاً مكتسباً في السابق يدون مراعاة» (الفقرة 219، صفحة 241).

(8) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 196، صفحة 148. وفي الاتجا، عنه C. VILAR، La cession de contrat، أطروحة في مونييه مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968، صفحة 202. ويخلص المؤلف إلى القول «إن الاشتراط لصالح الغير هو إذاً بليل يتيح تحقيق حوالات دين بالمعنى الاقتصادي للتعبير وحسب» (صفحة 203).

ممارسة الكتاب العدل التي تلجأ، في مناسبة بيع شقق تكتسب ملكيتها عن طريق قرض، إلى بند يعلن فيه مكتسب الملكية الثاني عن مسؤوليته في تسديد رصيد القرض كي لا يكون المدين مهماً⁽¹⁾. ويشهد المؤلف، إضافة إلى ذلك، بأحكام، في مادة بيع المؤسسة التجارية⁽²⁾، والإجارة⁽³⁾، واستعادة القرض⁽⁴⁾، تعترف بإفادة الدائن من حق مباشر تجاه المدين المستبدل بصفته واعداً⁽⁵⁾. والاشتراط لصالح الغير، كنتيجة لذلك، ولأن الدائن يحوز حقاً كهذا، يتيح تحقيق نقل الدين.

ولا نزاع في أن الممارسة تلجأ إلى هذه الإروالية لكي تحقق، عملياً، حوالة دين بإعطاء المستفيد، دائن المشتراط، حقاً جديداً، وإنما في الواقع مماثلاً للقديم في جميع الغطاء تجاه الواعد⁽⁶⁾. بيد أنه من المشكوك فيه أن يكون الاشتراط لصالح الغير، في صلاية مباداة القانونية، متكيفاً حقاً مع هذه الوظيفة.

666 - ليس الاشتراط لصالح الغير سوى ملطف غير كافٍ.

نفترض حوالة الدين، حسب تعريفها، امتثال مدين جديد في علاقة الموجب الأصلي بدون الإساءة إليه. والحال أن الاشتراط لصالح الغير غير جدير بتحقيق هذا المفعول لأن موضوعه الوحيد إنشاء رباط قانوني جديد بين الواعد والمستفيد وسببه مختلف عن سبب الدين الأولي الذي يجمع بين المشتراط والمستفيد⁽⁷⁾. ولذلك ليس في وسع الاشتراط لصالح الغير أن يحقق، في الحقيقة، نقل الدين⁽⁸⁾.

- (1) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 201، صفحة 151. وكذلك LAMBERT، الأطروحة المذكورة آنفاً، الفقرة 216، صفحة 133 وما يليها، في ما يخص يتمدد مكتب ملكية هشار مرعون بدفع دين البائع.
- (2) المرجع عنه، رقم 205، صفحة 154.
- (3) المرجع عنه، رقم 206، صفحة 155. وكذلك LAMBERT، الأطروحة الآتية الذكر، الفقرة 220، صفحة 241 وما يليها.
- (4) المرجع عنه، رقم 207، صفحة 155.
- (5) انظر على سبيل المثال من بين الاجتهادات المستشهد بها، حكم غرفة المرافض، 7 شباط 1931، مجلة قصر العدل، 1931، 1، 663.
- (6) انظر C. VILAR، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 203 وصفحة 204. وكذلك A. LEBRUN، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، 6 V حوالة الدين، 1970، رقم 23 ورقم 24 - J. GHESTIN، La transmission des obligations en droit positif français، المذكور سابقاً، رقم 84، صفحة 62.
- (7) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 101، صفحة 229 وما يليها - L. AYNÈS، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 87، صفحة 72.
- (8) انظر O. GAUDEMET، المرجع عنه، صفحة 352 وما بعدها - LARROUMET، المرجع عنه - L. AYNÈS، المرجع عنه - C. LAPP، Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 206 وما يليها. وبلا حظ، فضلاً عن ذلك أن المستفيد، الدائن المحال عليه، ليس في وسعه ممارسة دعوى الفسخ تجاه الواعد، مما يبين أن الاشتراط لصالح الغير عاجز عن تحقيق حوالة حقيقية للدين (انظر المؤلفين المستشهد بهم).

على أنه، إذا تم قبول أن الاشتراط لصالح الغير يحقق حوالة دين، فينبغي عندئذ الاعتراف بأن المدين الأولي، المشترط، يكون محرراً في وقت أو في آخر. ودراسة هذا التحرر تتيح بصورة أفضل فهم لماذا لا يمكن أن يكون الاشتراط، في أي فرضية كانت، سوى ملطف غير كافٍ.

وثمة نقطة أكيدة؛ وهي أن المشترط الذي كان يشغل مركز المتنازل لا يكون محرراً عند إبرام العملية التي لم يشارك الدائن فيها⁽¹⁾. ولا يمكن إذاً أن يكون للاشتراط لصالح الغير مفعول سوى ضم مدين جديد إلى المدين القديم وإعطاء نفع إضافي للدائن⁽²⁾. فنقل الدين عن طريق الاشتراط لصالح الغير هو بالتالي، حسب مصطلح السيد Gaudemet، جمعي، بمعنى أنه لا يحرم المدين الأولي⁽³⁾.

فاستخدام الاشتراط لصالح الغير لهذه الغاية يترك إذاً مسألتين معلقتين يبدو أنهما لم تلتفتا أثناء الفقه. هل أن بإمكان المدين الأولي الإفادة من الاشتراط يقف في وجه ملاحظات دائه، ثم كيف يتحرر المدين الأولي عن طريق تنفيذ التقديم الذي وعد به الواعد امتداداً إلى الاشتراط لصالح الغير وحده؟

وعلى افتراض أن الاشتراط يحقق حوالة دين داخلية، ينبغي الاعتراف، لكي تتمثل فيه منفعة أكيدة بالنسبة إلى المشترط المتنازل - إذا لم يكن فعالاً بما فيه الكفاية - بأن الغير المستفيد ملزم بالمطالبة بالتسديد بالأفضلية على الواعد. والحل المعاكس يعني نفي أي مدى عملي لحوالة الدين المحققة عن طريق الاشتراط لصالح الغير. والفقه الذي رأى أن نقل الدين بصفة خاصة يتحقق بفضل الاشتراط لصالح الغير لم يتمسك بهذا المظهر للمسألة التي أوجدته مع ذلك⁽⁴⁾.

(1) في هذا الاتجاه GAUDEMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 365.

(2) J.-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 200، صفحة 158.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 321 وصفيحة 367.

(4) أثبتت هذه المسألة بصورة خاصة في صدد الإنابة في الدين. وبالفعل، عندما تكون الإنابة غير تامة فتترك المرجب الذي يجمع العيب بالعتاب لديه قائماً بجري التساؤل عما إذا كان على العتاب لديه أولاً أن يتوجه إلى المحال عليه قبل الرجوع على العيب. ويرى بعض المؤلفين أن العيب لا يفقد حقه في ملاحقة المحال عليه وبإمكانه ممارسته رغم أن إبرام الإنابة بدون مراعاة التعهد الجديد الذي التزم به المحال عليه، انظر على سبيل المثال *la délégation en droit français* لـ HUBERT، *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*، 1899، رقم 193، صفحة 149. SIMLER، مصنف أعمال الكتابة العنق، V العنقود والموجبات، الكرامة 103 والكرامة 104، رقم 114. PLANJOL et RIPERT *Traité pratique de droit civil français*، الجزء VII، تأليف P. ESMEIN، J. RADOUAN et C. GABOLDE، رقم 1278، صفحة 682. *Les opérations juridiques à trois personnes*، Ch. LARROUMET، أطروحة في بورجو رقم 229، صفحة 541. وعلى عكس ذلك: لصالح «الفائدة من السانزة» المعطاة للعيب وموجب العتاب لديه بالتوجيه أولاً إلى المحال عليه، انظر E. GAUDEMET المذكورة سابقاً، صفحة 275 وصفيحة 276. BEUDANT et LERBBOURGS-PIGEONNIERE، *Obligations*، الجزء IX، تأليف R. G. FERROT، 1953، رقم 1013، صفحة 86، ولا سيما رقم 1024، صفحة 105-106.

وهذه المألة، في عرف السيد Goutal، سوف تُحل من تلقاء نفسها. فعندما يواجه المدين الأولي (المشترط) صعوبة، لا يرجع الدائن إلا على الراعد ويحتفظ مع ذلك بحقه ضد المشترط، بيد أن هذا الحق الذي فقد أي قيمة اقتصادية لا تتم ممارسته. وعلى العكس إذا كان المدين الأولي ملتباً، يحصل الدائن بالطبع مبلغ دينه من المدين من الدرجة الثانية بدون إزعاج المشترط إذا تم إخطاره بالاسترجاع، على أن المؤلف يعترف بأنه «ليس لأي من هذه البراهين قيمة قانونية». . . «إنها لا تتوجه إلا إلى العقل السليم أو إلى الحدس، لأن الاختيار الذي يأخذ به الدائن بين مدينين لا يعود إلى القانون، وإنما إلى العقل السليم والحدس»⁽¹⁾.

وهذا التفسير، كما يبين المؤلف نفسه، ليس فيه أي شيء قانوني. ولكنه يحوي مع ذلك ضمناً قاعدة تقود إلى جعل المشترط مديناً مستبدلاً، أي إلى نوع من الكفيل، في حين ليس ثمة أي قاعدة تتعلق بالاشتراط توصل إلى هذه النتيجة، حتى أنه يمكن التساؤل عما إذا كان هذا الرأي يعيد النظر في الطابع المستقل للحق المنبثق عن الاشتراط المستقل عن العلاقات التي يمكن أن تجمع المشترط بالراعد. ويمكن إبداء اعتراض حاسم يتعلق بالتحريم النهائي للمشترط بمفعول الاشتراط لصالح الغير وحده.

عندما يكون الراعد قد دفع للغير المستفيد امتداداً إلى الاشتراط، هل يكون المشترط محرراً فعلاً من دينه تجاه الغير المستفيد؟

لا شيء أقل تأكيداً من ذلك. إن مفعول الاشتراط لصالح الغير الوحيد هو إعطاء الغير غير المتعاقد حقاً هو حر في قبوله أو رفضه؛ وهذا الحق هو جديد على وجه الخصوص، وهو غير ناتج عن نقل. وبالتالي ليس ثمة أي رباط بين الموجبات السابقة التي تجمع المشاركين في العملية والموجب الجديد. والمؤلفون متفقون، فضلاً عن ذلك، حول هذه النقطة: الاشتراط لا يستبدل مديناً بآخر. والغير المستفيد يملك إذاً حقين مصادرهما وأسابيها متميزة⁽²⁾.

= TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Obligations*, المذكرين سابقاً، رقم 1348. M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 204 وما يليه. انظر علاقة نسبة الموجب.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 211، صفحة 159 و صفحة 160.

(2) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 160، صفحة 365 وما يليها، وفي عرقه يتكون سبب الاشتراط لصالح الغير من العقد الذي يجمع الراعد بالمشترط، إذ أن هذا العقد يتميز عن العلاقات السابقة بين المشترط والغير المستفيد التي تشكل سبب دين المستفيد على المشترط. فالموجبان إذاً لا رابط بينهما، إلا أن يتم قبول أن المشترط أدخل في حقل الاشتراط هذا الموجب الأخير. بيد أنه، حتى في هذه الحالة، يبقى من الصحيح أن الاشتراط لا يؤدي إلى تنازل بل إلى إنشاء. على أنه يمكن التساؤل، في هذه الحالة، عما إذا كنا أمام إثابة مما يفسر سقوط الدين الأصلي. غير أنه لن يكون ثمة نقل للمدين دائماً، ذلك بأن الإثابة لا تتم عن طريق النقل، وإنما، على غرار الاشتراط، عن طريق إنشاء موجب جديد. ويستعيد السيد Larroumet هكذا التحليل الذي سبق أن قدمه Gaudemet في *Étude sur le transport de dettes* إلى أطروحة في ديجون، 1898، صفحة 362 و صفحة 363.

كيف يمكن، في هذه الأحوال، تفسير أن الاشتراط يمكن أن يكون له مفعول مسقط في ما يتعلق بالدين الأولي؟ لا يمكن اقتراح أي توسيع مستمد من إوالية الاشتراط⁽¹⁾ مما يبرهن، إذا كانت ثمة حاجة إلى ذلك، أن حوالة الدين لا يمكن إرجاعها إلى الاشتراط لصالح الغير⁽²⁾: إنشاء حق جديد ومباشر. ويمكن أن نخلص من ذلك إلى القول إن الاشتراط لا يتيح نقل الدين وهو، إضافة إلى ذلك، ليس تقنية سقوط المرجعيات المحتملة الموجودة سابقاً إنما بين المشتراط والواعد وإنما بين المشتراط والغير المستفيد.

II - بطاقات الائتمان (أو الاعتماد)

667 - جرى اقتراح تفسير إوالية بطاقة الائتمان بالاشتراط لصالح الغير. ففي عرف السيدين Aynès و Malaurie «يتعهد المورد (الواعد) لدى المصرف (المشتراط) بعدم رفض تسديد دينه بحق أحد الزبن (الغير المستفيد) إما باستخدام بطاقة الائتمان أو التأمين الائتماني (أو تأمين الثقة بالملاءة)»⁽³⁾.

وهذا التحليل لا يتوافق مع الطبيعة القانونية للعمليات المحققة عن طريق بطاقات الائتمان.

إن مفهوم «بطاقة الائتمان» في أول الأمر، ليس موحدة. فبعض البطاقات، بالفعل، لا تدخل ثلاثة أشخاص وإنما شخصان فقط؛ إنها البطاقات الصادرة عن بعض المخازن الكبرى والتي توصف «بالبطاقات المانعة» أو «بطاقات الموردين»⁽⁴⁾. والمورد يجمع بين هذه الصفة وصفة المصدر. وبما أن هذه البطاقات لا تدخل ثلاثة أشخاص، فمن اليلهي أن لا تكون قابلة للتفسير بالاشتراط لصالح الغير وهو عملية قانونية ثلاثية الأشخاص.

فالتفسير المقترح لا يشمل إذاً إلا بعض البطاقات التي يدخل ثلاثة أشخاص، وهي بطاقات تصنف في فئتين حسبما يكون من أصدر البطاقة يدير حساب حائزها أم لا. وتدخل في الفئة الأولى، المسماة بطاقة المطلوب (والخصوم)، البطاقة الزرقاء التي أصبحت البطاقة المصرفية منذ عام 1984، وفي الفئة الثانية، المسماة البطاقة الائتمانية (أو الاعتمادية) بطاقات Diners club، American express⁽⁵⁾.

(1) يتعذر تفسير المفعول المسقط إلا عن طريق عدول الغير المستفيد عن دينه على المشتراط، بيد أنه لا يمكن الافتراض أن الاشتراط يؤدي في آثاره إلى هذا العدول. وحسب السيد Vilier، في أطروحته، المذكورة سابقاً صفحة 202، يكون سقوط دين المشتراط المتنازل تجاه الغير فعلياً بتسلم الدين الذي يوافق عليه الغير لمصلحة.

(2) انظر B. GAUDEMET سابقاً، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 101، صفحة 233. Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 101، صفحة 233.

(3) Obligations، الطبعة الثانية، رقم 671.

(4) M. BILLIAU، La délégation de créance، أطروحة في باريس، منشورات L.G.D.J.، 1989، مقدمة J. GHESTIN، رقم 444.

(5) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 445.

ولم تعرف السلطات العامة هذه البطاقات ولم تنظم استعمالها حتى القانون رقم 91 - 1382، تاريخ 30 كانون الأول 1991، إذا استئينا المادة 22 من القانون رقم 85 - 695، تاريخ 11 تموز 1985، المتعلق بأحكام مختلفة ذات الشأن الاقتصادي والمالي، الذي نص على مبدأ عدم قابلية الرجوع عن الأمر المعطى في البطاقة. وهذا النص الذي استعاده القانون المذكور سابقاً وأصبح وارداً في المادة 57 - 2 من مرسوم 30 تشرين الأول 1935، يحظر أي اعتراض غير الاعتراض المعلل بضياع البطاقة أو سرقتها أو التوقيم والتصفية القضائية للمستفيد.

وأصبحت المادة 57 - 2 من مرسوم 30 تشرين الأول 1935 تعطي تعريفاً لبطاقة الدفع وتعريفاً لبطاقة السحب. وللبطاقة الأولى فائدة هنا فقط. فيقتضى الفقرة الأولى من هذا النص: «تشكل بطاقة دفع أي بطاقة صادرة عن مؤسسة ائتمان أو مؤسسة أو خدمة مذكورة في المادة 8 من القانون رقم 84 - 86، تاريخ 24 كانون الثاني 1984 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان أو رقابتها، تتيح لحائزها سحب الأموال أو نقلها»⁽¹⁾.

إن هذا التعريف غير دقيق. فإذا كانت عبارة «سحب الأموال» محافظة على المعنى نفسه في مختلف أشكالها، فليس الأمر كذلك النسبة إلى عبارة «نقل الأموال»؛ وبالفعل ليست الإروالية القانونية التي تنقل الأموال بموجبها محددة بدقة، بحيث أن تفسيرها يفرض نفسه. ولا يمكن بالتالي الاستناد إلى القانون لتحديد الطبيعة القانونية للإروالية المستخدمة. يقتضي إذاً الانجاء نحو القانون العام للموجبات.

على أن الاشتراط لصالح الغير، أيّاً كان نموذج البطاقة، لا يشكل التفسير القانوني للعملية، كما سترى ذلك في التفريق بين بطاقات المطلوب (أو الخصوم) والبطاقات الائتمانية (أو الاعتمادية) لتوضيح الوصف.

668 - بطاقات المطلوب (Débit): البطاقة المصرفية.

في هذه العملية يسلم أحد فروع G.I.E Carte Bancaire - المصدر - بطاقة إلى أحد رؤيته الذي يحوز إلزامياً حساب إيداع أو حساباً جارياً⁽²⁾. والتاجر، أو بقدم الخدمة، الذي يلصق اللاصقة «C.B.» منضم هو نفسه إلى النظام بموجب عقد يسمى «عقد التاجر»، مبرم مع مصرفه الخاص الذي هو أيضاً أحد فروع G.I.E Carte Bancaire. وعندما يدفع حامل البطاقة ثمن الشراء باستخدام بطاقته، يطلق عنان إروالية الدفع، وهي تعطي الأمر - غير القابل للرجوع عنه - إلى المصدر عن طريق مصرفه بتسديد التاجر الثمن.

(1) يعاتب القانون جزائياً تقليد بطاقات الدفع أو السحب وتزويدها من كانوا على علم بذلك واستخدموا البطاقة المزورة أو المقلدة أو حاولوا استخدامها، ومن يقبلون، مع علمهم بالأمر، بطاقة الدفع الجاري عن طريق بطاقة مزورة أو مقلدة. انظر 30 - 1382 des 30 كانون الأول 1991 relative à - 1382 des 30 Y. CHAPUT, La loi n° 91-1382 décembre 1991 relative à - 1382 des 30 D. 1992, la sécurité des chèques et des cartes de paiement, XX، صفحة 101 وما يليها.

(2) المادة 2، الفقرة 1، من عقد حامل البطاقة المصرفية «C.B.».

إن استخدام البطاقة المصرفية يحقق سقوط موجبين، أي يحقق دفعةً مزدوجةً. فدين حائز البطاقة تجاه التاجر يصبح ساقطاً ودين الحائز تجاه المصرف التابع للمصدر - حساب جارٍ أو حساب إيداع - ينقص بما يعادل ذلك.

فهل يفسر الدفع عن طريق البطاقة، أخذاً في الاعتبار هذه العناصر، بالاشتراط لصالح الغير؟

من المناسب التذكير، حسب السيدين Aynès و Malaurie بأن الزبون، أي حائز البطاقة، يكون في وضع الغير المستفيد.

والحال أنه يمكن الشك في أن يكون الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى البنية ذاتها للعملية. فالغير، بالفعل، في التحليل التقليدي للاشتراط لصالح الغير، كما يدل على ذلك اسمه، ليس له أي علاقة قانونية بالمشترط⁽¹⁾. بيد أن المشترط، على وجه التحديد، في إزالية البطاقة، الذي هو المصرف، والزبون وهو الغير، مرتبطان بعقد يحدد حقوق الفريقين⁽²⁾. فهل يمكن حقاً، في هذه الحالات، الأخذ بأن الزبون يبقى هو الغير؟

ثمة انتقاد ثانٍ، حاسم أيضاً، يمكن تقديمه. أنه يتعلق بتوزيع الأدوار بين مختلف الفاعلين. أليس من الواجب اعتبار أن المستفيد، إذا كان هناك مستفيد بمعنى الاشتراط لصالح الغير، يقتضي أن يكون من تلقى الدفع، أو المورد؟ إن هذا الأخير، بالفعل، هو الذي سوف يستوفي ما وعد به مصدر البطاقة. والدفع، فضلاً عن ذلك، في عدة فرضيات، سيضمنه المصدر الذي ليس في وسعه الاحتجاج في وجه المورد بأي دفع مستمد من علاقته الشخصية بحائز البطاقة⁽³⁾. والمستفيد من العملية هو المورد أكثر مما هو حائز البطاقة، ومجرد كون الزبون، أي حامل البطاقة، له نفع في العملية يبدو غير كاف لإعطائه صفة الغير المستفيد بمعنى الاشتراط لصالح الغير. ومما له مدلوله الملاحظة، من وجهة النظر هذه، أن التحليل المقترح لا يستوجب أي نقل قيمة لصالح الغير، طالما أن الواعد ليس ملزماً إلا بموجب عدم الفعل، أي عدم رفض البطاقة، يضاف إلى ذلك أنه يمكن بيان أن الغير، رغباً عن قبوله - وهو ليس شرطاً لصحة الاشتراط - له تقليدياً دور سلبي. فهو لا يتدخل إيجاباً في تكوين حقه. والحال أن الزبون، عدا كونه مرتبطاً بمصدر البطاقة بموجب عقد، هو الذي يطلق العملية التي تقود إلى تسديد المورد. إنه يبدو إذاً كمبادر للعملية ولحقه مما هو في تعاضد مع الاشتراط لصالح الغير.

وفي النهاية، إذا كان ثمة اشتراط لصالح الغير، فهو لا يتوافق بالتأكيد مع الرسم البياني المقترح.

فهل يجب، بسبب ذلك، أن يستبعد نهائياً التفسير المستمد من الاشتراط لصالح الغير؟

(1) انظر الرقم 840 السابق.

(2) انظر M. BILLIAU. الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 453.

(3) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 458.

يفترض الجواب إعادة التفكير في هذا الرسم البياني، مما يستدعي توزيعاً جديداً للأدوار تبعاً للملاحظات السابقة.

فيأخذ حائز البطاقة عندئذ صفة المشتراط بما أنه أصدر الأمر، والمصدر، الموصوف بالمدين، يتخذ صفة الواعد ما دام أنه هو الذي سينفذ التقديم الموعود به. أما المورد فيغدو الغير المستفيد.

على أن التفسير المستند من الاشتراط لصالح الغير، حتى المفهوم على هذا النحو، لا يحمل على الإقناع، ذلك بأن الغير مرتبط دائماً بعقد بالمشتراط، وهو عقد بدونه لا يمكن أن تعمل الإوالية. ثم إن الغير، تطبيقاً لهذا العقد، محروم من إمكانية رفض الإفادة من الاشتراط. وهكذا نجد أنفسنا في فرضية اشتراط فكري لصالح الغير، مما يتناقض مع طبيعة الاشتراط ذاتها.

ليس في وسع الاشتراط لصالح الغير إذاً أن يفسر الدفع المحقق عن طريق بطاقة المطلوب (الخصوم) وليس في ذلك ما يدهش لأن الاشتراط لصالح الغير ليس موضوعه سقوط الموجبات⁽¹⁾. إن الإنابة، كما سنرى، هي التي تتيح فهم الدفع عن طريق بطاقة المطلوب⁽²⁾. ويمكن أيضاً إبداء ملاحظات مماثلة في ما يتعلق بالبطاقات الائتمانية.

669 - البطاقات الائتمانية: American express et Diners club.

هذه البطاقات، كما سبق القول - وهي الأولى في التاريخ تاريخياً - تمثل خاصية عدم التلطمع في حساب يملكه المصدر. ويمكن وصف الإوالية بالطريقة التالية: يسلم المصدر بطاقة تحوي اعتماداً بإمكان حائزها استعمالها على هواء لدى الموردين التابعين للمصدر. ويحصل المورد، عند كل استخدام للبطاقة أو بعد انقضاء مهلة معينة، وقد قام بصورة غير مباشرة بتسديد المورد، على استرداد ما دفعه من الحائز إما بإصدار شيك لأمره وإما بافتتاح المبلغ من الحساب المصرفي للحائز.

على أن البطاقات الائتمانية، كما بطاقات المطلوب، تحقق مدفوعات، ولكنها لا تفسر بالاشتراط لصالح الغير.

إن الغير، بالفعل، وهو الذي سيحمل البطاقة - حسب السيدين Aynès Malaurie - لا يزال مرتبطاً بعقد مع المصدر. ويدور، بصورة خاصة، أن المستفيد هو المورد في الحقيقة، وهو الذي سيتلقى مجدداً الفائدة المالية من العملية. وأخيراً إذا ما لجأنا إلى إعادة توزيع الأدوار، نجد الاعتراضات ذاتها المبنية سابقاً.

أخيراً ليس في وسع الاشتراط لصالح الغير تفسير إوالات بطاقات الائتمان منطقياً.

(1) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما رقم 28.

(2) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 468 وما يليه.

الفصل الثاني

التنازل عن العقد

670 - انعدام وجود التنازل عن العقد واللجوء إلى ملطفات حتى منتصف القرن العشرين.

نادراً ما يبدو أن للتنازل عن العقد، المفهوم بأنه «نقل وضع أحد الفريقين في العقد مع الحقوق والواجبات التي يتضمنها»⁽¹⁾، ماضي ما. ولا يمكن لفقه القرن التاسع عشر، المرتبط بالموجبات التي يولدها العقد وحدها، بالفعل، إلا أن يتنكر للإوالية إذ لا يقبل حوارات اللبون.

وليس بعض نصوص القانون المدني الذي يضع دائماً في علاقة بالمدين المتنازل له أو المستبدل مفهوماً على الإطلاق. إنه يحقق تنازلاً عن العقد. والأمر كذلك بالنسبة إلى المواد 1743⁽²⁾ و1994⁽³⁾ و1717؛ ويرفض المؤلفون، في هذه الفرضية الأخيرة، أن يروا قبح التنازل عن الإيجار سوى حوالة الحق في غياب إنابة أو اشتراط لصالح الغير لمصلحة الموجر⁽⁴⁾، أو أن يروا فيه ما يسوّج دعوى الموجر ضد المتنازل له على الأساس المتميز

(1) F. RAYNAUD, Les contrats ayant pour objet une obligation في القانون الخاص، جامعة باريس II، 1977 - 1978، محاضرات في القانون، صفحة 89.

(2) انظر DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, Cours analytique de Code civil، الطبعة الثانية، الجزء VII، رقم 189، مكرر I، صفحة 277 (اشتراط ضمنى لصالح الغير) - LAURENT, Principes de droit civil français، الجزء XXV، 1877، رقم 18، صفحة 30 - TROPLONG, Du louage، الجزء II، رقم 473 وما يليه (الطابع الحقيقي لحق المتنازل) - AUBRY et RAU, Cours de droit civil، الطبعة الرابعة، الفقرة 369، صفحة 501، التعليل 32 (تطبيق القاعدة التي تقضي بعدم إمكانية نقل حقوق تفوق الحقوق الذي يملكها الناقل).

(3) DURANTON, Droit des contrats، الجزء II، رقم 399، صفحة 34 (دعوى مباشرة استثنائية تقارن بدعوى المادة 1798) - DEMOLOMBE, Traité des contrats، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 137، صفحة 143 (دعوى مباشرة مبنية، على مثال المادتين 1743 و1798، على وجود رباط قانوني بين المعرّك والوكيل المستبدل) - DEMANTE et COLMET DE SANTERRE، المرجع عنه، الجزء VIII، 1844، رقم 212 مكرر V، صفحة 212 (دعوى مبنية، في غياب خطأ الوكيل، على سبيل التمثيل).

(4) انظر LAURENT المذكور سابقاً، الجزء XXV، 1877، رقم 211 وما يليه - HUC, Traité théorique et

لحوالة الدين⁽¹⁾. ويبدو أن Guillaouard وحده أخذ بأن التنازل عن الإيجار يتحلل كتنازل مزدوج، حوالة حق المستأجر وموجبه تجاه المؤجر⁽²⁾.

غير أن قانوني الحقبة لم يكونوا على هذا النحو كلياً. فالعديد من المؤلفين يقبل أولاً فكرة الوعد بالتفويض القاضية بأن يتعهد الغير بأن يأخذ على عاتقه الموجبات التي يتحملها أحد المتفرقين⁽³⁾. ويمكن على الأكثر الكلام هنا على تنازل داخلي عن الموجبات السلبية الناشئة عن العقد: يتعهد المتنازل له، غير المرتبط إطلاقاً بالمحال عليه، وحده يلتزم بتنفيذ العقد. يضاف إلى ذلك أن أحد المؤلفين على الأقل يدافع، في مادة التنازل عن حقبة التأمين، عن فكرة حوالة الحق المرتبطة باشتراط لصالح الغير التي يتيح نقل الوضع السليبي عقب انضمام المحال عليه⁽⁴⁾. ويبدو أن الاجتهاد يقبل ضمناً التنازل عن العقد عندما تكون حوالة الدين موضوع اتفاق مع المحال عليه⁽⁵⁾.

فقد تبيلت محكمة النقض، في حكم صادر في 3 آذار 1827، تنازلاً أصيلاً عن العقد⁽⁶⁾ وأتاحت للمتنازل له عن صفقة لأجل أن يفرض على المحال عليه تنفيذ موجباته، بعد أن أنكرت عليه حق الإفادة من لاحجية عقد التنازل بالنسبة إليه.

إن مؤلفي بداية القرن العشرين، على عكس من سبقوهم، يلجأون بطيبة خاطر إلى فكرة

= pratique de la cession et de la transmission des créances، الجزء I، 1891، رقم 207، صفحة 294 وما يليها.

(1) انظر TROPLONO، المرجع عينه، الجزء I، رقم 126، صفحة 330 (إشغال المتنازل له أماكن تعود للمؤجر) - TOULLIER، Le droit civil français suivant l'ordre du Code، الجزء XVIII، تأليف Duvergier، رقم 380، صفحة 361 وما يليها، ورقم 389، صفحة 368 (حق التنازل له محدود بنفع بدلات الإيجار) - AUBRY et RAU، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، الجزء IV، الفقرة 368، صفحة 493. وكذلك النقض المدني، 4 تشرين الثاني 1863، 1864، D، 1، 38.

(2) في Traité de louage، الجزء I، الطبعة الثالثة، رقم 340، صفحة 373 De la sous-location et du bail cession de bail المجلة الثاقمة للقانون والتشريع، 1882، ولا سيما الرقم 34، صفحة 201 - قارن في ما يتعلق بالمادة 1894، GUILLOUARD، Traité du mandat، الطبعة الثانية، رقم 126 وما يليه وLAURENT، المرجع عينه، الجزء XXVII، 1877، رقم 487 وما يليه، وهما يسندان ضمناً إلى مفهوم التنازل عن العقد لتسويق دعوى الموكل ضد الوكيل المتيبل.

(3) انظر HUC، المرجع عينه، الجزء II، 1891، رقم 453، صفحة 153 DEMOLOMBE، Cours de Code Napoléon، الجزء XXIV، الطبعة الثانية، رقم 282، صفحة 266 - LAURENT، المرجع عينه، الجزء XXV، 1877، رقم 211، صفحة 238 وصفحة 240.

(4) انظر G. ROSSY، Des cessions de portefeuille d'assurance et de réassurances générales، أطروحة في باريس، 1898.

(5) النقض المدني، 31 كانون الثاني 1866، 1866، S، 1، 152 (أخذ الحكم، بعد أن قبل التنازل عن رعد بالبيع، بأن المتنازل، أي كانت الاشتراطات الحاصلة بين المتنازل له والمتنازل، يبقى شخصياً ملزماً تجاه المحال عليه) - انظر أيضاً AUBRY et RAU، المرجع عينه، الجزء V، الطبعة الخامسة، الفقرة 359، صفحة 199.

نقل إيجابى وسلبى للموجبات لا لكي يفسروا المادة 1994⁽¹⁾، وإنما لكي يفسروا المادتين 1717⁽²⁾ و1743⁽³⁾ من القانون المدني.

ولكن رغمًا عن أعمال Saleilles⁽⁴⁾ وGaudemet⁽⁵⁾ التجديدية التي تدعم انعدام أي عقبة من الانتظام العام تشكل حائلًا أمام قبول حوالة الديون في القانون الفرنسي، فهما يرفضان قبول مفهوم عام للتنازل عن العقد يوفق بين حوالات الحق وحوالات الدين ويؤمن لمختلف النصوص التي توسس التنازل عن مجموعة عقدية نظام استثناءات قانونية⁽⁶⁾.

والأمر يتعلق، على وجه أخص، بقوانين أول تموز 1893 (التي عدلت المادة 3 من قانون 24 حزيران 1887) بتحرير المكتب، أو الماهم الذي تنازل عن منته من التسديدات التي لم تكن مطلوبة بعد سنتين من التفريغ، و19 تموز 1928 الذي يجبر مكتسب ملكية مؤسسة على الاستمرار في عقود العمل التي أبرمها بائعها، و13 تموز 1930 (المادة 19) الذي يجيز لشاري شيء مؤن الإفادة من التأمين الذي تعاقد عليه مورثه مع إكراهه على مراعاة التعهدات الملزم بها كل مؤن تجاه المؤمن، وأخيراً المرسوم الاشتراعي بتاريخ 14 حزيران 1938 (المادة 11) الذي ينظم التنازل عن حقايب التأمين من شركة إلى أخرى.

ويتقلص الفقه والاجتهاد، في غياب تفاهم مع المحال عليه⁽⁷⁾، عند ذلك إلى استخدام

- (1) S.27-1825، 1، 831. انظر في الاتجاه عينه، القضا المدني، 6 أيار 1867، D.P. 1867، 1، 289.
- (2) لا يستهدف المؤلفون سوى «إمكانية استبدال» انظر، BEUDANT, LEREBOURS-PIGONNIÈRE et, RODIÈRE et PERCEROU, المراجع عينه، الجزء XII، الطبعة الثانية رقم 311، صفحة 348 - AUBRY et RAU، المراجع عينه، الجزء VI، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 413، صفحة 220. انظر أيضاً H. SOLUS, L'action directe et interprétation des articles 1753, 1798 et 1894 du Code civil، أطروحة في باريس، 1914، رقم 158، صفحة 216 وما يليها.
- (3) انظر BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL, Traité théorique et pratique de droit civil français الجزء XX، الطبعة الثالثة، رقم 1140، صفحة 657 وما يليها - BEUDANT, LEREBOURS-PIGONNIÈRE et BRETHE DE LA GRESSAYE، Cours de droit civil français الجزء XI، الطبعة الثانية، رقم 603، صفحة 450 - PLANIOL et RIPERT، Traité de droit civil français الجزء X، 1932، تأليف B. PERREAU، رقم 560، صفحة 693 وما يليها.
- (4) BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL، المراجع عينه، الجزء XX، رقم 1313 وما يليه - BEUDANT, LEREBOURS-PIGONNIÈRE et BRETHE DE LA GRESSAYE، المراجع عينه، الجزء XI، الطبعة الثانية، رقم 546، صفحة 512 (وبمع ذلك رقم 536 مكرر، صفحة 495)، PLANIOL et RIPERT، المراجع عينه، الجزء VII، 1931، تأليف J. RADOUANT، رقم 1142، صفحة 473.
- (5) De la Cession des dettes، حوليات القانون التجاري، 1890، الفقه، صفحة 1 وما يليها.
- (6) Étude sur le transport de dettes à titre particulier، أطروحة في ديجون، 1898.
- (7) المراجع عينه، الجزء V، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 359، صفحة 142، التعليق 26.
- (8) PLANIOL et RIPERT، المراجع عينه، الجزء VII، تأليف J. RADOUANT، رقم 1115، صفحة 427 - AUBRY et RAU، المراجع عينه - E. L'HOMMÉE، De la cession de bail، أطروحة في باريس، 1921، صفحة 55 وصفحة 56.

ومائل تقنية القبول مفعول مزعوم أنه معادل للتنازل الاتفاقي عن العقد؛ وهكذا يتم التنسيق بين حوالة الحق والاشتراط لصالح الغير أو الإنابة للذين يجيزان وحدهما تحقيق نقل الوضع السلي⁽¹⁾.

671 - قبول التنازل عن العقد والنقاش حول طبيعته القانونية .

بدأ العديد من المؤلفين في بداية الخمسينات فقط، مستوحين الأعمال الأجنبية⁽²⁾، باقتراح نظرية مستقلة للتنازل عن العقد، بعد أن بينوا عدم كفاية الملطقات التي قدمها الفقه التقليدي لتجاوز مبدأ لا قابلية نقل الديون (عليه).

ودعم معظمهم عند ذلك تحليلاً مزدوجاً للتنازل عن العقد بتسليمه إلى حوالة الحق وحوالة الدين أو استعادة الدين⁽³⁾. ولم يدعم المؤلفين سوى واحد⁽⁴⁾ ومنذ وقت أحدث، مستنداً إلى التطور التشريعي والاجتهادي⁽⁵⁾ وإلى «حركة وَضْعَة (objectivation) العقد»⁽⁶⁾، فتبنى مفهوماً واحداً في الحقيقة للتنازل عن العقد، بدون تقليص هذا التنازل إلى نقل الحقوق والواجبات ولو كان لإقسامياً.

يقتضي إذا استعادة النقاش الذي يمكن أن يقوم بين المتشككين بالمفاهيم الواحدة والثانية للتنازل عن العقد. وسنرى هكذا أن نظرية إتفاقية صرفاً للإوالية غير مقبولة، بيد أنه من المناسب، بما أنه لا يبدو جدياً من الممكن مواجهة التكرار لوجود اتفاق الإرادتين، ولو كان الفريقان يعتنانه خلافاً للأصول، التنازل حول مفاعيله، أي، بصورة تجريدية أكثر،

(1) انظر J. BBOQUÉ, La cession de contrat, in Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris l'Université de Paris الجزء 15، 1959، صفحة 89 وما يليها، ولا سيما صفحة 102.

(2) I. GALVÃO TELES, La cession de contrat (تقرير عام للمؤتمر الثالث للقانون المقارن، لندن، 1950)، المجلة الدولية للقانون المقارن، 1951، صفحة 217 وما يليها.

(3) Ch. LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé، 1988، رقم 81، صفحة 160: «التنازل عن العقد الملزم للطرفين يتحلل، في نهاية المطاف، كحوالة مزدوجة للدين (له) وللدين (عليه) الناشئين عن العقد» - Ph. MALAURIE, La cession de contrat، فهرس Defrénois، البند 31194، صفحة 1009، ولا سيما رقم 28، صفحة 1022، ورقم 31، صفحة 1023. La cession de contrat، محاضرات في الدكتوراه، جامعة باريس II، 1975 - 1976، محاضرات في القانون - P. RAYNAUD، المرجع عينه، صفحة 91 وصفحة 92، الذي يقارن، بدون اتخاذ موقف، بين التحليلين.

(4) L. AYNÈS, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، جرت استعادة تحاليله بإيجاز في، Les obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 779 وما يليه.

(5) L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 94 وما يليه.

(6) L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 134، صفحة 103. قارن P. HÉBRAUD Rôle respectif de la volonté، الجزء II، صفحة 420 وما يليها.

نظامه، ذلك بأنه ليس ثمة أي نص قانوني يحظر تلاقياً للإرادتين كهذا. وينبغي، فضلاً عن ذلك، عدم إهمال الفرضيات المختلفة المسماة تنازلات قانونية التي سوف نرى أنها تحقق توسعاً لقوة العقد الملزمة خارج إبداء إرادة الفرقاء جميعاً في عملية التنازل في الفرضيات وحدها حيث يفرض هذا التنظيم نفسه هذا التنازل في ما يتعلق بالمعقود المنظمة.

القسم 1

رد التنازل التوافقي عن العقد

672 - إذا كان ثمة خلاف حول الطبيعة الثنائية أو الواحدية للعقد وعلى وجه الخصوص حول نقطة معرفة ما إذا كان تفرغ أصيل يمكن أن يكون موجوداً في غياب رضا المتعاقدين المحال عليه، فإن الفقه المعاصر على الأقل مجمع على قبول استقلاليته.

الفقرة 1 - استقلالية التنازل الاتفاقي عن العقد

673 - وفق الفقه والاجتهاد في أول الأمر بين حوالة الحق ونقل الدين باللجوء إلى إجراءات الإنابة والاشتراط لصالح الغير. وقد شاء الفقه، بعد أن أخذ بأنه يستحيل على هذه الإاويلات أن تؤمن بفعالية نقلاً كهذا، تأكيد وجود مفهوم للتنازل عن العقد بتفريقه عن مفاهيم قريبة.

I - المفاهيم المستمدة من مدونة القانون المدني لا تؤمن نقل الدين (عليه)

674 - تصور الإنابة والاشتراط لصالح الغير.

لم يبق الفقه والاجتهاد، مع أنهما تنكرا للتنازل عن العقد برفض إجازة حوالة الدين، غريبين عن بعض اهتمامات الممارسة خلال القرن التاسع عشر. فقد تصوروا، في غياب نص⁽¹⁾ ينظم التنازل أو وجوده⁽²⁾، تحميل عبء الدين من كان يؤمن استمرار العقد، باستخدام مفهوم تقليدي مستمد من مدونة القانون المدني. وهكذا نشأ حتى منتصف القرن

(1) انظر على سبيل الأمثلة الاجتهاد المتعلق باسترداد عقود إجازة الخدمات الجارية من قبل مكتسب ملكية مؤسسة تجارية (محكمة استئناف باريس، 1908، D.1908، 2، 196، المجلد الفعلي للقانون المدني، 1909، صفحة 906، ملاحظة R. DEMOGUE). قارن بحكم محكمة استئناف ليون، 8 كانون الثاني 1848، D.1848، 2، 175، S.1848، 2، 404، والجهود الفقهية لتأمين استرداد حقايق التامين (G. ROSSY، الأطروحة المذكورة سابقاً).

(2) انظر الرقم 670 السابق في شأن المادة 1717 المتصلة بالتنازل عن الإيجار.

المعشرين بين حوالة الحق المسموح بها والاشتراط لصالح الغير أو الإنباء.

فعلى المشتراط أن يبدى إرادته في إنشاء حق ضد الواعد المتنازل له لصالح المستفيد المحال عليه. وإذا كانت الإروالية لا تحرر المشتراط فلا شيء بمنع أن يكون هذا التحرير موضوع عقد لاحق بين المشتراط والغير المستفيد⁽¹⁾. والإنباء من ناحيتها، وهي تجيز للمنازل المتنازل له أن يصبح مدين المناوب لديه المحال عليه، لها أفضلية على الاشتراط لصالح الغير عندما تكون «تامة» أو حسب اصطلاح أصح، تجديدية، عندما يتحرر المناوب من دينه تجاه المناوب لديه⁽²⁾.

ويرى الفقه المعاصر، بدون أن ينفي فعالية اللجوء إلى إرواليات كهذه التي يتتقد نقلها مع ذلك، أن هذا اللجوء لا يتيح تأمين أصالة التنازل عن العقد⁽³⁾.

والإنباء والاشتراط لصالح الغير ليس في وسعهما، في ما هو أساسي، نقل الديون لأنهما يولدان علاقات قانونية جديدة. وبما أن الغير المستفيد يملك هكذا حقاً خاصاً تجاه الواعد فليس في وسع هذا الواعد أن يحتج ضد المناوب لديه بالدفع التي بإمكانه الاحتجاج بها ضد المشتراط. كما أن المناوب لا يمكنه الاحتجاج ضد المناوب لديه بالدفع التي يمكن أن يحتج بها في وجه المناوب، ولا بالدفع التي يتمكن المناوب من الاحتجاج بها ضد المناوب لديه⁽⁴⁾ من حيث المبدأ. وهذه الجدة في علاقة المورجبت تعطي، فضلاً عن ذلك، الغير المستفيد حقاً مباشراً ضد الواعد والمناوب لديه ضد المناوب يمنح، بكونه لا يمر عبر الدمين المائنين للمشتراط والمناوب، أيضاً الكلام على النقل.

إن تحليل مختلف التنازلات القانونية عن العقد (تنازل عن الإيجار وحقية التأمينات، الخ) كحوالة دين مشتركة مع إحدى هذه الإرواليات تبدو بدون فائدة. كما أن هذه الإرواليات، إلا في حال وجود إعداد عقدي يشوه طبيعتها القانونية⁽⁵⁾، لا تؤمن نقل الديون ولا يسمعها بالتالي، ولو انضمت إلى حوالة حق، تحقيق تنازل اتفاقي عن العقد.

(1) انظر الرقم 666 السابق.

(2) انظر E. GAUDEMET, Essai sur Le transport de dettes à titre particulier، أطروحة في ديجرن، 1898، صفحة 287 وما يليها.

(3) انظر Ch. LAPP, Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier، رقم 38 ورقم 39 - Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 99 وما يليه - Ch. VILAR، La cession، 1988، الصفحات 199 إلى 208 - Ph. MALAURIE، المقال المذكورة سابقاً، الأرقام 36 إلى 41 - P. RAYNAUD، المرجع هت، صفحة 90 - L. AYNES، المرجع هت، رقم 79 ورقم 87 وما يليه - J.-L. AUBERT، ملاحظة على حكم الغرفة الثالثة في محكمة النقض، 30 نيسان 1973، فهرس Defrénois، 1974، البند 30547، صفحة 292.

(4) انظر مع ذلك تبين الاجتهاد بين الغرفة المدنية الأولى والغرفة التجارية في محكمة النقض، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، II، 21922، تعليق M. BILLIAU.

(5) انظر كمنال على الإنباء Ph. MALAURIE، المقال المذكورة سابقاً، رقم 37، صفحة 1028.

فهل يمكن الذهاب حتى إلى الأخذ بأن الاشتراط لصالح الغير والإنابة كَوْنُنا مراحل هذه في قبول نظرية استقلالية التنازل عن العقد؟ يتعذر قبول ذلك إلا بارتكاب غلط رثابة تاريخية (ما يمكن تسميته وهماً استعادياً). ولم يكن بالإمكان مواجهة المفهوم ذاته للتنازل عن العقد إلا انطلاقاً من الآونة التي تم فيها الأخذ بأن هذه الأساليب لم تكن تتيح تأمين نقل أصيل للديون، في حين أن هذا النقل كان يبدو ملائماً وممكناً بفضل وضعية نسبة الموجبات⁽¹⁾. ولا يستطيع الفقه أن يبني حل مسائل لا تطرح؛ فمن غير الممكن إذاً مقاسمة السيد Malaurie⁽²⁾ الرأي الذي يتكلم على الاستمرار في صد التنازل عن العقد (من المعلوم إلى المجهول)؛ إن الأمر يتعلق بالأحرى بقطعية.

II - يفترق التنازل عن العقد عن مفاهيم قريبة

675 - التجديد.

إن التجديد «يستمد خاصيته من الاكتساب السوي للملكية»⁽³⁾؛ نية التجديد التي، حسب أحكام المادة 1273 من القانون المدني، يجب أن تنتج بوضوح عن العقد، تلتبس أن يتوخى القريقان سقوط الموجب القديم لصالح موجب جديد يحل محله⁽⁴⁾؛ وينبغي أن يكون كل من الموجبين متميزاً عن الآخر وإلا لـن يكون هناك سوى مجرد تعديل للموجب⁽⁵⁾. ورغماً عن تغيير أحد فرقي العقد المتنازل عنه لا يتوخى فريقاً عقد التنازل استبدال موجب بآخر. ونية التجديد بالتالي يتعذر أن تكون متميزة. يضاف إلى ذلك، إذا تم قبول أن نسبة الموجب المستمدة من العقد تشكل هكذا قيمة ذمة مالية، إن تغيير أحد الفريقين لا يبدل الموجب إلى درجة يمكن معها تمييز الجديد.

676 - التمثيل.

يجب، مع أن المقارنة لم تتم إلا في النادر، التفريق بين التنازل عن العقد والتمثيل⁽⁶⁾، مما هو سهل المثال ذلك بأنه، إذا كان الممثل، في هذه الفرضية الأخيرة، لا يدخل أبداً في العلاقة العقدية التي تربط الممثل بشريكه في التعاقد، فإن وضعه العقدي الخاص، في

(1) انظر الرقم 680 اللاحق.

(2) Ph. MALAURIE، المسألة المذكورة سابقاً، رقم 56، صفحة 1037.

(3) A. GHOZI، La modification de l'obligation par la volonté des parties، منشورات L.G.D.J.، 1980،

مقدمة D.TALLON، رقم 102، صفحة 47.

(4) R. RADOUANT، تأليف الجزء VII، المرجع عنه، 1259، رقم 589.

(5) انظر حول التفريق A. GHOZI، المرجع عنه، رقم 28 وما يليه - النقص المدني، 17 كانون الأول 1928،

D.H.1929، صفحة 49 - حكّام الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1967، 1987،

صفحة 321، تعليق N.M.K. GOMAA - 25 أيار 1981، النشرة المدنية، I، رقم 282، صفحة 146،

الإلحاح على ضرورة موجب جديد موضوعياً لوصف عملية التجديد.

(6) انظر Ph. MALAURIE، المسألة المذكورة سابقاً، رقم 33، صفحة 1024.

الفرضية الأولى، الذي يربطه بالمحال عليه، هو الذي ينقله المتنازل. وفي هذا التدبير تتم المفاعيل السلبية والإيجابية للتمثيل مباشرة في ذمة الممثل المالية، مما لا يسمح بالتنازل عن العقد الذي يستوجب نقل حقوق المتنازل وموجباته إلى المتنازل له. والتمثيل أخيراً يتطلب إرادة الممثل الخاصة في العمل لصالح الغير، وهي إرادة ربما لا تكون، احتمالياً، موجودة لدى المتنازل.

677 - العقد من الباطن.

في حين أن التفريق بين العقد من الباطن والتنازل عن العقد بقي لمدة طويلة مجهولاً⁽¹⁾ أو منازعاً فيه⁽²⁾ يبدو أنه أصبح قائماً⁽³⁾. وفي حين أن العقد من الباطن يولد علاقة عقدية مزدوجة إذ يترافق مع العقد الأصلي، يتناول التنازل عن العقد علاقة وحيدة بغير أحد شريكي العقد بأن ينزع، من حيث المبدأ، يد أحدهما، وهو المتنازل، لصالح الآخر الذي يحل بدلاً عنه، وهو المتنازل له.

وهكذا يتم في الإجارة من الباطن تراكب عقدين (إجارة وإجارة من الباطن) في حين أن التنازل عن الإجارة لا يتناول سوى عقد واحد يستبدل فيه أحد الفريقين (المتنازل له مكان المتنازل). والمقابلة من الباطن، بالطريقة عينها، تتيح للمقاول الأصلي أن يبقى حائز الصفقة، في حين أن التنازل عن الصفقة ينزع إلى نزع يده واستبدال مقاول آخر به⁽⁴⁾.

وهذا التفريق ضممتي وإنما مبني بالضرورة على وضعت معينة للعقد، عندما يكون من المقبول أن استبدال «الغير» (المتنازل له) بأحد المتعاقدين الأصليين (المتنازل) ولا يولد علاقة عقدية جديدة بين المتنازل له ومن يبقى مرتبطاً (المحال عليه).

ومعياره الأساسي في التمييز يعود، فضلاً عن ذلك، إلى كون «التنازل عن العقد (...)» يستهدف بالتالي تحرير من كانت له المبادرة باللجوء إليه⁽⁵⁾ ويعبر عن إرادة المتنازل في «ترك المسرح العقدي»⁽⁶⁾. غير أن هذا الهدف لا يتحقق دائماً ولا تستجاب هذه الإرادة

(1) انظر POTHIER, Du louage, رقم 260 وما يليه.

(2) المجلة الفعلية للقانون المدني، 1924، صفحة 251. وما يليها. P. ESMEIN, Cession de bail et sous-locations. الجزء X، تأليف B. PERREAU، رقم 551، صفحة 877.

(3) Ch. LARROUMET، الأطروحة الأتفة الذكر، رقم 90 وما يليه. J. TEYSSIE، Les groupes de contrats، منشورات L.G.D.J.، 1975، مقدمة J.-M. MOUSSERON، رقم 127، صفحة 71. L. NÉRET، Le sous contrat، منشورات L.G.D.J.، 1979، مقدمة P. CATALA، رقم 56 وما يليه. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 156، وما يليها.

(4) انظر A.J.P.I.، J. MONTMERLE، Cession et sous-traité de travaux en droit privé، 1963، 1، 155. كذلك J. NÉRET، المرجع عينه، رقم 60، صفحة 54.

(5) J. NÉRET، المرجع عينه، رقم 58، صفحة 51.

(6) L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 138، صفحة 108.

دائماً، إذ يتحمل المتنازل على الأقل موجب الضمان تجاه المحال عليه الذي لم يحرره من موجباته⁽¹⁾. ويغلب التفريق بين العقد من الباطن والتنازل عن العقد أدق: الإرادة وحدها في علم الالتزام والطابع القرصي للموجب تجاه المحال عليه هما اللذان يفرقان المتنازل عن المتعاقد الوسيط.

والتفريق، بالمقابل، لا يحتمه كون المتنازل له والمتعاقد من الباطن يتعتان بدعوى مباشرة ضد المحال عليه والمتعاقد الأصلي⁽²⁾. وكما بين ذلك صواب السيد Larroumet⁽³⁾ ثمة فارق عميق في الطبيعة بين دعوى المتعاقد الأصلي ضد المتعاقد من الباطن (المؤجر ضد المستأجر من الباطن) ودعوى المحال عليه ضد المتنازل له. ففي حين أن الدعوى الأولى تخفف صلاية مبدأ المفعول النسبي للعقد بالسماح لشخص ثالث بالإفادة من علاقة عقدية تبقى أجنبية عنه⁽⁴⁾، ليست الدعوى الثانية سوى «نتيجة قانونية» للتنازل الذي ينزع إلى خلق رباط عقدي بين المحال عليه والمتنازل له. ويتباير أخرى، ما أن يتم قبول مبدأ التنازل عن العقد حتى يصبح المحال عليه، المرتبط بالتنازل له، منتمياً بدعوى «مباشرة» بالضرورة ضده من الطبيعة عينها للدعوى التي يملكها أي ذات صد مدينه الخاص؛ وتعبير «مباشرة» حشوي إذن.

إن وجود هذا الرباط، أو عدم وجوده، هو الذي يتيح التفريق، بدون صعوبة، بين البيع بعد الشراء والتنازل عن العقد. ففي حين أن هذا التنازل موضوعه ربط المتنازل له بالمحال عليه عقدياً، فليس ذلك موضوع البيع بعد الشراء الذي يتوخى فقط ربط البائع الوسيط بملكه الملكية الثاني بعقد بيع جديد، وليست الدعوى المباشرة التي يتمتع بها مكتسب الملكية الثاني سوى إوالية تخفف من صلاية مبدأ المفعول النسبي.

والبيع بعد الشراء، المتميز عن التنازل عن العقد، يجب عدم خلطه بالعقد من الباطن، فهذا العقد، لأنه يتراكم مع عقد آخر، يستوجب «دوام الوضع العقدي»⁽⁵⁾، وليست الحالة كذلك في البيع بعد الشراء الذي يحقق تعاقب عقدين.

(1) J. NÉRET، المرجع عنه، رقم 58، صفحة 51 - L. AYNÈS، المرجع عنه، رقم 190، صفحة 137.

(2) انظر مع ذلك L. AYNÈS، المرجع عنه، رقم 140، صفحة 107.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 91، صفحة 193.

(4) انظر الرقم 773 اللاحق.

(5) J. NÉRET، المرجع عنه، رقم 42، صفحة 38. يضاف إلى ذلك أن العقد من الباطن غير المنجم مع موجب الإعطاء، يلتصق بوجود موجب الفعل انظر J. NÉRET، المرجع عنه، رقم 40 وما يليه.

الفقرة 2 - للطبيعة القانونية للتنازل عن العقد

678 - الجدل المستمر.

إذا كان وجود مفهوم استقلالية التنازل عن العقد يدر اليوم مقبولاً إجماعياً، فما هو أقل تأكيداً بكثير إن الجدل حول الطبيعة القانونية قد انطفأ. والحال أن التحليل الدقيق للطبيعة القانونية للتنازل عن العقد أمر أساسي ذلك بأنه، انطلاقاً من استحالة التوصل إليه، يمكن معارضة القبول ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد. وبالفعل، إذا لم تكن النظرية الثنائية مرضية، فإن النظرية الواحدية، رغم أنها حسنتها والحظرة التي لها لدى بعض المؤلفين، ليست أكثر إرضاء.

I - المفهوم الثنائي

679 - بعد أن نعرض مبادئ هذا المفهوم سنعمد إلى رسم حدوده.

1 - عرض للنظرية الثنائية

680 - فرضية السيد Lapp.

ينبغي، في ما يتعلق بالنظرية الثنائية للتنازل عن العقد، استعارة دراسة النظرية التي بسطها السيد Lapp الذي تعود إليه مزية كونه أول من منحه عرضها في القانون الفرنسي⁽¹⁾. يبدأ المؤلف بالأخذ بأنه ليس العقد في ذاته وإنما العلاقات القانونية الناشئة عن العقد هي التي تنتقل، ليخلص إلى القول إنه «يُدل بالعقد بالتالي على الاتفاقية التي بموجبها تُنقل من متعاقد إلى الغير مجموعة علاقات قانونية مستمدة من عقد ما تقع على عاتقه»⁽²⁾. وموضوع التنازل المحدد هكذا، من جهة أولى، «أن يُسند للمستقبل إلى الغير الذي بقي أجنبياً عن العقد جميع الحقوق والموجبات المستمدة منه»، ومن جهة ثانية، «جعل التنازل عندئذ أجنبياً عن العقد الأصلي»⁽³⁾. والتنازل، فضلاً عن ذلك، ملازم من وجهة نظر مزدوجة: أولاً بسبب «سرعة متنامية في سير المصالحات» تتطلب «حركة العقود» المستمرة بعدم شخصية العلاقات الملزمة» ثم لأن أغلبية هذه العقود «تبرم تبعاً لهدف ما ولظروف معينة» تجعل، وهي قابلة للتغير، نقل العقد مرغوباً فيه⁽⁴⁾.

إن المؤلف، رغم أن هذه الأشخاص التي يتحقق منها، يتوخى التوفيق، في فرضيته، بين الحركة العقدية وأمن الاتحان، ذلك بأن التنازل عن العقد، إذا كان من الممكن أن

(1) Bassi sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier، أطروحة في ستراسبورغ، مقدمة J.

RADOUANT، 1950.

(2) المرجع فيه، رقم 1، صفحة 9.

(3) المرجع فيه.

(4) المرجع فيه، رقم 2، صفحة 9 وصفحة 10.

يحقق نفعاً للمحال عليه «الذي يرى، بفعل هذا التنازل، التنفيذ السوي للعقد مؤتمناً»⁽¹⁾، يمكن أيضاً أن يضر به عندما يكون هذا المحال عليه، «حتى إذا لم يتعاقد بالنظر إلى شخصه [شخص التنازل]»، قد أقام، مع ذلك، وزناً لملاءمته التي تشكل ضماناً في حال عدم تنفيذ العقد⁽²⁾.

من المتطقي أن يدافع المؤلف، وقد أخذ بأن العناصر التي تولف العقد هي التي يتم التنازل عنها وليس العقد في ذاته، عن المفهوم التحليلي أو الثاني للتنازل عن العقد⁽³⁾، وهو، إذ يتكلم على التنازل عن العلاقة العقدية⁽⁴⁾، لا يحلله عندئذ كحالة حق وحوالة دين وحسب وإنما أيضاً كتنازل عن الحقوق التي ينعنها «بالإرادية» (Gestaltungrecht)⁽⁵⁾.

إن مسألة حوالة الدين هي التي بالطبع يصطدم بها دائماً التنازل عن العقد والتي تولد الصعوبات الأكثر. ويقبل المؤلف المبدأ ذاته لهذا التنازل مع الأخذ بأن الموجب، ما خلا حالة الموجب الذي ينشأ بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، هو موجب بين ذمتين ماليتين أكثر مما هو علاقة شخصية بين فردين، يكون ذمة التنازل المالية ليست سوى ضمان دين المحال عليه⁽⁶⁾. وبعد أن رفض أنظمة الإنابة والإشتراط لمصالح الغير⁽⁷⁾، دعا المؤلف إلى تبني إوالية خاصة لاستعادة الدين⁽⁸⁾. وإذ بين أن اتفاقية ناقلة للحقوق هي محتج بها تجاه الجميع بكونها واقعة قانونية⁽⁹⁾ أخذ بأن عقد حوالة الدين بين التنازل والتنازل له يفرض على المحال عليه الذي بإمكانه عند ذلك الرجوع على التنازل له. على أن الحجية شاملة ذلك «بأنه من المناسب صون مصالح الدائن المحال عليه الذي يتمتع بحق مكتسب في أن لا يرفع عنه

(1) المرجع عنه، رقم 4، صفحة 12.

(2) المرجع عنه، رقم 8، صفحة 12.

(3) المرجع عنه، رقم 33 وما يليه.

(4) المرجع عنه، رقم 19، صفحة 28 وما يليها.

(5) يشهد المؤلف (المرجع عنه، رقم 20، صفحة 30 بتعريف Massins الذي استماده السيد BOYER (Les personnes synallagmatiques de venue : المجلة الفصلية للقانون المدني، 1949، رقم 27، صفحة 26) : «سلطات بصفها يستطيع حازوها التأثير في الأوضاع القانونية الموجودة سابقاً بتعديلها، أو بإنشاء أوضاع جديدة عن طريق نشاط خاص أحادي الجانب (أعمال قانونية أو دعاوى قضائية أو مراجعات إدارية)». وحتى قبول إرث أو رفضه ودعوى الفسخ أو البطلان يشكلان أمثلة على الحقوق الإرادية. وكذلك G. MICHAELIDÈS - NOUAROIS، L'évolution récente de la notion de droit subjectif، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1966، صفحة 225 و صفحة 226 - I. NAJJAR، Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral، مقدمة P. RAYNAUD ولاسيما رقم 98 وما يليه، والإصدارات المستشهد بها.

(6) المرجع عنه، رقم 25 وما يليه.

(7) المرجع عنه، رقم 38 و رقم 39.

(8) المرجع عنه، رقم 40 وما يليه.

(9) المرجع عنه رقم 40. يقتبس المؤلف ضماناً عن فرضية Weill التفريق التقليدي اليوم بين المفعول النسبي والحجية (المرجع عنه، رقم 173، صفحة 306).

ضمان دينه الذي تكوّنه ذمة مدينه المالية⁽¹⁾. ولا حجية عقد التنازل، بكونها محدودة بحفظ مصالح الدائن المحال عليه، تستوجب «أن يحتفظ بحق ملاحقة مدينه القديم أو بالأحرى ذمة هذا المدين المالي»⁽²⁾، إلا أن يعدل صراحة عن هذه الملاحقة⁽³⁾. بيد أن المؤلف يعترف بأنه، في غياب عدول كهذا، لم يعرف، على ضوء حواله الدين⁽⁴⁾، سوى التنازل عن العقد غير التام أو الجمعي: إذا كانت المساهمة في الدين تقع في النهاية على عاتق المتنازل له (يتحمل وحده عبء هذه المساهمة) فإن مرجب الدين يتضاعف (بإمكان المحال عليه ملاحقة المتنازل والمتنازل له)⁽⁵⁾.

والنظرية الثائية التي يعرضها السيد Lapp تتيح، في النهاية، الإقدام على «تنازل» عن العقد بتوافق بين المتنازل له والمتنازل فقط، وإنما لا تؤدي إلى تحرير المتنازل إلا برضا المحال عليه؛ ويبقى المتنازل، في الفرضية المعاكسة، ملزماً بالدين، فلا يمكن إذاً، في غياب موافقة المحال عليه، أن يكون ثمة تنازل عن العقد يكون محتجاً به تجاهه.

وينضم السيد Larroumet أيضاً إلى تحليل ثنائي كهذا بعد أن يبين أن «التنازل عن عقد ملزم للطرفين يحقق في الوقت عينه حواله حق وحوالة دين»⁽⁶⁾، ولكنه كما سلفه⁽⁷⁾، يصير على الطابع غير القابل للانقسام لثايتين العمليتين مما يتيح له تأكيد الطابع المستقل للتنازل عن العقد بالنسبة إلى كل منهما⁽⁸⁾.

(1) المرجع عينه، رقم 41، صفحة 82. يرجع المؤلف هنا إلى فرضية Bastien الذي يأخذ بأن المشروع بماقّب مراعاة الحقوق المكتسبة باللاحقية (l'irréversibilité) الأطروحة في باريس، 1929، صفحة 223 وما يليها.

(2) المرجع عينه، رقم 41، صفحة 62.

(3) المرجع عينه، رقم 43، صفحة 63.

(4) انظر E. GAUDEMET، الأطروحة في الآفة الذكر، الصفحات 8 إلى 10.

(5) المرجع عينه، رقم 46، صفحة 67.

(6) المرجع عينه، رقم 46، صفحة 67. Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé، 1968، رقم 103، صفحة 242 (انظر في شأن انضمامه إلى تحليل السيد Lapp، رقم 111، صفحة 275 وما يليها). انظر في الاتجاه حيثه O. MAJRA-LAMAS، La cession de contrat en droit comparé، الأطروحة في باريس، 1980، رقم 14 وما يليه. قارن بحكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 12 تشرين الثاني 1954، D. 1955، 1، 22، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 334، ملاحقة J. CARBONNIER، تسريف التنازل عن الإيجار بأنه «عقد من طبيعة خاصة يحوي حواله حق لصالح المتنازل له وكذلك نقل موجب دفع بدل الإيجار وتنفيذ شروط الإجارة على عاتق المتنازل له».

(7) انظر Lapp، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 34، صفحة 51.

(8) الأطروحة الآفة الذكر، رقم 103، صفحة 242 وما يليها. أتاحت هذه الانقسامية للسيد Raynaud الأخذ بأنه لم تكن ثمة استثنائية إلى هذا الحد بين النظريتين الثائية والواحدية (انظر La cession ayant pour objet une obligation، المرجع عينه، صفحة 82).

ب - حدود النظرية الثنائية.

681 - يبقى المتنازل دائماً، في غياب موافقة المحال عليه، ملزماً بالدين تجاهه.

يلح مختلف المفاهيم الثنائية، أيّاً كانت فروقاتها الدقيقة، على الحد الأدنى من ضرورة رضا يعطيه المحال عليه لتحرير المتنازل⁽¹⁾، من أجل تأمين نقل حقيقي للعلاقة العقدية وصفة الفريق⁽²⁾.

وبالفعل يتناول النقاش مسألة معرفة ما إذا كان رضا المحال عليه ضرورياً للصحة ذاتها للمتنازل أو فقط لتحرير المتنازل⁽³⁾. ولكنه، في أي حال، ليس موضع بحث، إلا في غياب رضا المحال عليه، الصريح أو الضمني، حسب الظروف، في أن يكون المحال عليه محرراً. وتعبير آخر، ما أن لا يكون رضا المحال عليه في التنازل مكتسباً حتى لا ينتج العقد إلا مفاهيم محدودة: إذا كانت صحة التنازل مقبولة في غياب موافقة المحال عليه، فإن المتنازل له هو الذي يتحمل في نهاية المطاف عبء الدين بسبب العقد الذي أبرمه مع المتنازل الذي يبقى، رغباً عن كل شيء، ملزماً تجاه المحال عليه. فليس العقد، مرة أخرى، هو المقول وإنما عبء الدين.

682 - يتعدّل نقل الحقوق الإرادية للغير.

إذا قلصنا التنازل عن العقد، حتى غير القابل للانقسام، إلى حوالة حق أو دين، فإن مصير الحقوق الإرادية (حق المتنازل له، أو المحال عليه تجاه المتنازل له، في طلب فسخ العقد المتنازل عنه، أو البطلان، الخ) غامض⁽⁴⁾.

ويبقى المتنازل له، في غياب موافقة المحال عليه، في الواقع غيراً بالنسبة إلى العقد المتنازل عنه؛ وهذا المتنازل له، بسبب حجّية التنازل تجاه المحال عليه فقط، بإمكانه مقاضاته⁽⁵⁾. ويمكن إذا الشك في أن يكون للمتنازل له والمحال عليه مصلحة كافية ليقاضي أحدهما الآخر لفسخ العقد أو إبطاله، هذا العقد الذي لا يربطهما⁽⁶⁾.

(1) إته الانتقاد الوحيد الذي يوجهه السيد Aynès إلى النظرية الثنائية، (المرجع عينه، رقم 91، صفحة 73 و صفحة 74).

(2) هذا الرضا مطلوب في النصوص الأجنبية التي تنفل إوالية التنازل عن العقد. انظر، في نهاية الأمر المادة 159 - 1 من ميثاق القانون المدني الهولندي الجديدة (ميثاق القانون المدني الهولندي الجديدة - الحق الشخصي، ترجمة P.P.C. Haasappel et B. Mackaay، منشورات Kluwer، 1990) التي تنص على ما يلي: «ينقل أحد الفريقين في العقد، بمشاركة الفريق الآخر، علاقته القانونية مع الفريق الآخر إلى الغير، بموجب عقد يرم بينه والغير».

(3) انظر في هذا نقاش معق Ch. LARROUMET، الأطروحة الأتفة الذكر، رقم 108 وما يليه.

(4) انظر النقاش الذي قدمه Ch. LAPP، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 29 وما يليه.

(5) انظر الرقم 691 للاتح.

(6) انظر AYNÈS، المرجع عينه، رقم 83، صفحة 70.

II - المفهوم الواحد

683 - الزمان على النظرية الواحدة.

لا تتيح النظرية الثانية أن يتحقق تنازل عن العقد في غياب رضا المحال عليه. وهي لا تجيز، على الأكثر، مري حوالة حق أو دين غير قابلة للتقسيم. غير أنه من النادر، بسبب لا قابلية نقل الحقوق الإرادية، أن يكون من الممكن الكلام، بحصر المعنى، على تنازل عن العقد.

وإذا شئنا قبول تنازل رسمي عن العقد خارج الفرضيات القانونية المختلفة، يمكن أن يبدو من الضروري وضع نظام يتيح تحرير المتنازل بدون موافقة المحال عليه ونقل مجموعة الحقوق الإرادية للمتنازل له. وهذا ما حاوله المتمسكون بالتحليل الواحدي للتنازل عن العقد. على أن تحليلهم، مهما كان مفيداً، ليس بمنجى من النقد.

1 - عرض النظرية الواحدة.

684 - فرضية السيد Aynès.

في حين أنه تعود إلى السيد Lapp ميزة أنه كان أول من عرض النظرية الثانية للتنازل عن العقد⁽¹⁾، تعود إلى السيد Aynès ميزة كونه بسط نظريته الواحدة⁽²⁾. كما ينبغي أن يستعاد، على الأقل بالنسبة إلى الوجود ذاته للتنازل عن العقد.

يبدأ المؤلف بالأخذ بأن تنازلاً كهذا لا يمكن تقليصه إلى مجرد جمع حوالة حق وحوالة دين، وليس موضوعه أتاحه نقل الحقوق والديون العقدية «عندما يكون تأمين استمرار العقد رغماً عن تغيير أحد الفريقين»⁽³⁾، إذ يفعل فعله في «أداة إنشائه، أي العقد ذاته» وليس في الموجب⁽⁴⁾. ومن الطبيعي جداً عند ذلك أن يظهر التنازل عن العقد كأداة خدمة القوة الملزمة للعقد: يتيح بقاءه رغماً عن زوال أحد الفريقين، في حين أن العقد، في غياب إوالية كهذه، يكون مفسوخاً بالضرورة⁽⁵⁾.

(1) انظر الرقم 880 السابق.

(2) Les clauses de... المرجع عينه. La cession de contrat et Les opérations juridiques à trois personnes circulation du contrat in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels P.U Aix-Marseille, 1990، صفحة 131 وما يليها. قارن بـ Ch. VILAR، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 209 وما يليها.

(3) المرجع عينه، رقم 3، صفحة 11.

(4) المرجع عينه، رقم 6، صفحة 15.

(5) يقول ارتكاز التنازل عن العقد على فكرة «النقل» الضروري للعقد، لا يفتقر المؤلف من السيد Lapp الذي سبق أن قدم نموذجاً كهذا (انظر الرقم 880 السابق). إن التقنية المستخدمة للوصول إلى ذلك هي المختلفة فقط: في حين أن الأول يهتم بدعامة الموجبات فإن هذه الموجبات هي التي يستهدفها الثاني.

وهذا التمسك، على الصعيد التقني، يتعذر تأمينه إلا بشرط مزدوج: أن يتعلق الأمر بالعقد نفسه (وليس برابط جديد) وأن لا يتعارض شخص المتعاقدين مع مبدأ التنازل.

ودوام السبب، في عرف المؤلف، هو الذي يتيح تأمين الحفاظ على العقد رغمًا عن تغيير شخص أحد الفريقين⁽¹⁾. وبشكل مفهوم السبب بالفعل «مبدأ وجود العقد» (المادة 1113 من القانون المدني)⁽²⁾: ما دام أن السبب باقٍ فإن العقد يستمر طالما أن السبب يشكل «أساس قرة العقد الملزمة»⁽³⁾. إن المؤلف، بشكل أوضح، يماثل مفهوم السبب بالهدف الذي توخاه الفريقان في تعاقدتهما: شرط أن يبقى في خدمة هذا الهدف [تحقيق عملية اقتصادية معينة]، يستمر العقد حتى ولو اختلف أحد الفريقين⁽⁴⁾.

وهذا التحليل غير ممكن إلا بشرط أن يتم، زيادة على ذلك أيضاً عما هو الأمر في النظرية الثنائية، قبول مبدأ «وُضْعَة العقد»⁽⁵⁾، بإنقاص ضخّم للحصة المنسوبة إلى إرادة الفريقين. ولهذه الحصة صفة مزدوجة. أولاً بسبب تفسير جديد للمادة 1122 من القانون المدني: فالمتنازل، بالتعاقد مع المحال عليه، «يفترض أنه اشترط لصالح (...) خلفه»، أي المتنازل له في حين أن المحال عليه مرتبط بالمتنازل له لأنه بالتعاقد مع المحال عليه يفترض، عكسياً، أنه تعاقد مع خلف المحال عليه⁽⁶⁾. وإذا كان هذا التحليل مبنياً على قرينة قانونية للإرادة ويتيح للمؤلف تدليل العقبة التي يشكلها المقول النسبي للعقد (إذ يفترض أنه تعاقد مع الآخر، والمتنازل له والمحال عليه هما متحdan برابط عقدي وبإمكانهما «مباشرة» أن يقاضي أحدهما الآخر)، فإنه لا يتبع له أن يستنتج تحرير المتنازل. إن المؤلف يلجأ هنا إلى نموذج برهنة آخر بالتأكيد أولاً أنه «إذا تم قبول (...) أن التنازل عن العقد موضوعه استمرار العقد وليس استعادة الدين، تصبح مسألة تحرير المتنازل ثانوية»⁽⁷⁾، لكي يأخذ بعد ذلك، استناداً إلى أمثلة مأخوذة عن القانون الوضعي، بأن المتنازل لن يبقى ملزماً إلا بصفة «ضامن» للمستقبل⁽⁸⁾.

إن فرضية السيد Aynès، إذ تتناول العقد في ذاته وليس الموجبات التي ينشأها، لها،

(1) المرجع عنه، الرقم 108 وما يليه.

(2) المرجع عنه، رقم 106، صفحة 83، ورقم 120، صفحة 91.

(3) المرجع عنه، رقم 113، صفحة 87.

(4) المرجع عنه، رقم 110 وما يليه. يعكس المؤلف هنا تحليل السيد Lepp (المرجع عنه، رقم 2، صفحة 9 وصفحة 10). حيث يصرّغ المؤلف التنازل عن العقد بتغيير الهدف، يأخذ السيد Aynès بأن اللزمة المالية لهذا الهدف هي التي تنتجها.

(5) L. AYNÈS، المرجع عنه، رقم 134، صفحة 103: «يمكن أن يستند إلى «حركة وضعة للمقدّم» متحقق منها في مجالات أخرى أكثر من الاستناد إلى تقهقر مبدأ نسبية الاختصاصات».

(6) المرجع عنه، رقم 201 وما يليه.

(7) المرجع عنه، رقم 133، صفحة 102.

(8) المرجع عنه، رقم 190 وما يليه.

وقد أيدوا بعضهم⁽¹⁾، وتجاهلها أو إلى حد ما عارضها آخرون⁽²⁾، تجاه النظرية الثنائية، حسنة تذييل الصعوبة التي أوجدتها لاقابلية نقل الحقوق الإرادية⁽³⁾، بتغليب العنصر المتعلق بالذمة المالية في العقد على العنصر الثاني الذي كونه إرادة المتعاقدين؛ مع أن تبني موقف جذري كهذا هو الذي يجعل الفرضية قابلة للنقد.

ب - نقد النظرية الواحدة.

685 - المسلمات التي تركز عليها النظرية الواحدة منازع فيها.

ينظم ما هو أساسي في البرهان القانوني الذي بسطه السيد Aynès⁽⁴⁾ حول مفهوم السبب - أي لأن هذا السبب محافظ عليه يمكن التنازل عن العقد - الذي يقلصه بالرجوع صراحة إلى تحاليل H. Capitant⁽⁵⁾ و Maury⁽⁶⁾، إلى هدف يتابعه المتعاقدان، أي تحقيق عملية اقتصادية معينة.

إن تحليلاً كهذا يركز على مفهوم توسعي جداً للسبب الذي يصبح بالفعل «مبدأ وجود العقد»⁽⁷⁾، ويفقد الرضا الذي يشكل مع ذلك أحد الشروط «الجوهرية لصحة الاتفاقيات» (المادة 1108 من القانون المدني) مقلصاً إلى حد كبير باسم وضعة للعقد مقلصة بحيث لا تسمى سوى مال ما أن يتكون العقد. والحال أنه يظهر أن الإرادة، والرضا ليس سوى تعبير عنها، تبقى المعيار الأساسي للعقد⁽⁸⁾، مما يفسر أن السبب أيضاً عاجز عن بلورته ما أن يتكون العقد. وبدو، بالفعل، من الصعب الأخذ بأن السبب يقوم بتركيب عناصر موضوعية (عملية اقتصادية معينة...) وذاتية (... أرادها الفريقان) للعقد. فالسبب مفهوم وظيفي قبل كل شيء، فإذا دمج هذين العنصرين فلا يقوم بذلك جمعياً، مما يتيح الفعل الكلام على التركيب، وإنما مناوئة تها لما يتم السعي إلى معاقبته. فإذا تعلق الأمر بغياب السبب فالعنصر

(1) انظر G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations, الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، رقم 348 وما يليه. وكذلك A. RIEG، القهرس المدني 1987، V التنازل عن العقد.

(2) H.-L. J. MAZEAUD, Obligation - théorie générale، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 1283، صفحة 1299 وما يليها - Le contrat - Ch. LARROUMET، الطبعة الثانية، ولا سيما رقم 780 وما يليه - Les obligations - F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEGUETTE، الطبعة الخامسة، رقم 1212 وما يليه - A. SÉRIAUX, Droit des obligations، رقم 178، صفحة 685، وما يليها. وكذلك J. CARBONNIER, Les obligations، الطبعة السابعة عشرة، الفقرة 324.

(3) انظر الرقم 682 السابق.

(4) انظر الرقم 684 السابق.

(5) De la cause des obligations، الطبعة الثالثة، 1927.

(6) Essai sur le rôle de l'équivalence en droit civil français، أطروحة في تولوز، 1920.

(7) L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 108، صفحة 83 - قارن بـ P. HÉBRAUD، المقالة المذكورة سابقاً، ولا سيما الصفحات 443 إلى 450.

(8) انظر J. GHESTIN، La notion de contrat in droits (12) Le contrat، المقالة المذكورة آنفاً، خاصة صفحة 13 وما يليها.

الموضوعي هو الذي يؤخذ في الحيان: غياب المقابل الحقيقي⁽¹⁾؛ وإذا تعلق الأمر بالسبب غير المشروع أو اللأخلاقي، فالعنصر الثاني هو الذي يقام له وزن: الدافع الحاسم للرضا⁽²⁾. واللجوء إلى مفهوم السبب خارج الوظائف المنوطتين به، لادعاء تحليل مختلف العناصر التي تشكل العقد، هو بالتالي منازع فيه. ونرى، كي لا نعتبر من مناهضي السبب، أنه ينبغي أن لا يستخدم مفهوم السبب بإفراط، بأن ننزع عنه هكذا كل صلاية وظيفية، ذلك بأن السبب، كما ذكر بذلك Hébraud الذي أعلن Aynès أنه استوحى منه، «ليس، كالرضا والموضوع، ركناً طبيعياً (...) للعقد»⁽³⁾.

وبلجاً السيد Aynès، لنحضر انتقاد كهذا، إلى تفسير المادة 1122 من القانون المدني ليستتج منها «أن التنازل عن العقد يجد [فيها] التعبير عن أساسه القانوني»⁽⁴⁾. فالتنازل، بارتباطه بالمحال عليه، يفترض أنه تعاقد لصالح المتنازل له، في حين أن المحال عليه يفترض، عكسياً، أنه ارتبط بالتنازل له. وهكذا تظهر الإرادة من جديد في شكل قرينة. غير أن الأمر يتعلق هنا بتفسير ليس بمنحى من المنازعة فيه للمادة 1122 من القانون المدني. وإذا كان من الممكن أن يتم «على مدى النظر مبادلة البراهين التي لا يحمل أي منها على الإقناع»⁽⁵⁾ في ما يتعلق بتفسير تعبير «الخلف» (الكلي أو بصفة خاصة؟) فالأقل يقيناً أن التعبير «الشرط» يمكن أن يعني «تعاقد» لسبب بسيط أن واضعي مدونة قوانين نابوليون كانوا ينكرون إمكانية حوالة الدين لصالح خلف بصفة خاصة.

وباعتبار أخرى، بالنسبة إلى مبدأ لا قابلية نقل الديون، على الأقل في عام 1804، تقلص تفسير المادة 1122 إلى تخيير: إما أن التعبير «خلف» يتضمن كل من هو خلف بصفة خاصة وعندئذ لا يمكن فهم التعبير «الشرط» إلا بمعنى الإفادة من حق؛ وإما أنه يحوي كل من هو خلف كلي وعند ذلك يكون التعبير «الشرط» مرادفاً لتعاقد، طالما أنه يفترض في الخلف أنه استمرار للشخص السلف.

والأخذ بأن التعبير اشترط يعني «تعاقد» يؤدي إلى قبول مسبق بالتنازل عن العقد، والحال أن موضوع اللجوء إلى المادة 1122 هو بالضبط إجازة ذلك

والتحليل المقترح، فضلاً عن ذلك، بوضعية السبب إلى هذا الحد لتقليصه إلى هدف⁽⁶⁾ يتوخى الفريقان تحقيقه، يقود إلى إمكانية الخلط بموضوع العقد المفهوم على أنه

(1) تكوين العقد، رقم 841 وما يليه.

(2) تكوين العقد، رقم 878 وما يليها.

(3) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 444.

(4) المرجع عينه، رقم 206، صفحة 151.

(5) J.-L. GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat، منشورات L.G.D.J، 1981، مقدمة H. BATIFFOL، رقم 21، صلمة 27.

(6) انظر L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 110، صفحة 85، يعرّف التعبير بصورة دائمة لتعريف السبب.

«تقديم يتدخل توافق الإرادتين في صده ومنتظم حوله اقتصاد العقد»⁽¹⁾.

لا يبدو إذاً أن المسلمات التي ارتكزت عليها النظرية الواحدة للتنازل عن العقد بمنحى من المنازعة فيها. على أن النتائج التي تولدها هي الأكثر قابلية للنقد.

686 - النتائج التي تولدها النظرية الواحدة قابلة للنقد.

إن أمهات العقبات التي تصطدم بها النظرية الثانية للتنازل عن العقد لها سمة استحالة تحرير المتنازل بدون رضا المحال عليه⁽²⁾. وحجر العثرة هذا لا يستطيع المتمسكون بالنظرية الواحدة التخلص منه.

إلا أن السيد Aynès، لمحاولة ذلك، استخدم رهاناً مزدوجاً. فيعد أن أخذ بأنه «إذا تم قبول (...). أن التنازل عن العقد موضوعه استمرار العقد وليس استعادة الدين، فإن مسألة تحرير المتنازل تغدو ثانوية»⁽³⁾، بين المؤلف، إذ يستند إلى أمثلة مختلفة للتنازلات الثانوية، أن المتنازل لم يعد، في أي حال من الأحوال، «المدين الأصلي» بالديون الناشئة بعد العقد؛ إنه على الأكثر ملزم بصفة «ضامن»⁽⁴⁾.

إن التفسير غير مقنع، ذلك بأنه يدعي الإجابة على المسألة ببيان أنها نادراً ما يكون لها معنى. والحال، إذا كان من الممكن شرعاً الأخذ بأن بقاء العقد يشكل الهدف الأساسي للتنازل، فإن عملية كهذه، لكي يمكن وصفها على هذا النحو، تستدعي تغيير أحد الفريقين في علاقة الموجب: «التنازل عن العقد للغير يعني إضفاء صفة الفريق على هذا الغير لتغطية صفة الغير»⁽⁵⁾، وإلا لن يكون ثمة نقل قد تحقق وإنما ضم احتمالي لمعاقد في علاقة موجب موجود سابقاً؛ وإذا كان المتنازل له، في النهاية، هو الذي يتحمل عبء الدين تجاه المحال عليه بسبب الاتفاقية المبرمة مع المتنازل، فيمكن على الأكثر الكلام على تنازل جمعي عن

(1) R. RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, 1957, الجزء II، رقم 241، صفحة 99. قارن بـ H. L. MAZEUD، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 231، صفحة 224 وما يليها - F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEBOUTTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 258، صفحة 207.

(2) انظر الرقم 681 السابق.

(3) المرجع عينه، رقم 133، صفحة 102.

(4) المرجع عينه، رقم 190 وما يليه.

(5) يؤكد السيد Aynès نفسه غير مرة ذلك؛ انظر على سبيل المثال المرجع عينه، رقم 109، صفحة 84: «موضوع التنازل عن العقد تغير أحد الفريقين بالنسبة إلى هذه العلاقة (المقيدة) بدون التأثير في الفعالية وبدون تعديل ذاتيته». يركز معيار التفريق بين التنازل عن العقد والعقد من الباطن الذي يقبله المؤلف، أكثر من ذلك (المرجع عينه، رقم 137 وما يليه) على الفكرة في أن التنازل عن العقد يستوجب إرادة المتنازل في «مغاورة المسرح المقدي» في حين أن العقد من الباطن ليس هدفه ولا مفعوله نقل صفة المتعاقد المستفد من التنازل عن العقد إلى الغير. وإذا كان المؤلف، للحاجة إلى الاستدلال، يأخذ بعد ذلك بأن موضوع التنازل تحرير المتنازل، فإن هذا التنازل لا يترك في الحقيقة هذا الرباط العائلي ويفقد معيار التمييز بين التنازل والعقد من الباطن، وهو ذو طبيعة نفسانية صرف، وضرره إن لم يفقد أيضاً صلته الوثيقة بالموضوع.

مفاعيل العقد⁽¹⁾ وليس عن العقد ذاته. وفي هذه النقطة لا تأتي النظرية الواحدة بشيء للنظرية الثانية⁽²⁾.

ولا شك في أن المؤلف يستند إلى سلطان الاجتهاد للأخذ بأن المتنازل غالباً ما لا يكون ملزماً إلا بصفة ضامن (مما لا يحرره إضافة إلى ذلك). بيد أن الأملية المختارة مستمدة من التنازل عن العقد الذي ينظمه القانون. والحال أن اللجوء إلى الاستدلال عن طريق الاستقراء - الاستنتاج، لتوسيع الحلول المعتمدة في هذه الفرضيات المختلفة إلى التنازل الاتفاقي، يبدو هشاً هنا. وبالفعل من الممكن أيضاً البرهنة على أن وجود استثناءات قانونية هو الذي يشكل حتى البرهنة على انعدام مبدأ عام. يضاف إلى ذلك أن كون المتنازل، في هذه الأوضاع، غير ملزم إلا بصفة «ضامن» قابل للتفسير (في حال عدم تسويغه) إذا أردنا قبول تواتر اللجوء إلى براهين تقليص في القانون عبثاً⁽³⁾: يمكن بالفعل أن يبدو من غير المنطقي أن ينظم القانون استبدال المتعاقد أو التنازل عن العقد بدون إحداث أقل مفعول في شخص المتنازل. وجعل هذا المتنازل مجرد ضامن يحفظ مصالح المحال عليه مع تسريح منفعة نص خاص. بيد أن هذا الحل لا يستقيم إلا بوجود نص. وينبغي، في غياب نص خاص، رفض تبنيه: إن المادة 1134 من القانون المدني واضحة بالفعل بصورة خاصة بحيث أنها لا تمنع المتنازل (المتنازل)، في غياب شريكه في التعاقد (المحال عليه)، من أن يتمكن من تلطيف مدى موجباته⁽⁴⁾.

III - لحل المقترح

687 - ينبغي أن يوفق التنازل الاتفاقي عن العقد بين المفهومين الذاتي والموضوعي للعقد.

يتمسك المدافعون عن قبول المبدأ ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد بملاءمته امتداداً إلى واقع أن إوالية كهذه تتيح وحدها تجنب فسخ العقد الذي لم يستند منفعة الاقتصادية، رغمًا عن إرادة أحد الطرفين في عدم متابعة تنفيذ العقد أو عن استحالة متابعة التنفيذ. ويرتكز تأكيد كهذا على مفهوم موضوعي للعقد، على الأقل جزئياً: يمكن أن يبقى هذا العقد رغمًا عن انسحاب أحد الطرفين الذي شارك في تكوينه⁽⁵⁾. وهذا المفهوم الذي يغلب مبدأ المتقعة الإجتماعية للعقد على إرادة من كانوا فيه في الأصل يقبله المتمسكون بتحليل واحدة وثنائية

(1) إسناداً إلى مفهوم التنازل الجمعي للدهون الذي أبرزه E. Gaudemet (الأمروحة المذكورة سابقاً، صفحة 9 وصفحة 10) لتمييز نقل الدين وفيه يكتب الدافع دعوى جديدة (ضد مدین جدید)، بدون أن يقد دعواه الأصلية (ضد المدين الأصلي).

(2) يتحمل الشك عندئذ حسب المعايير الخاصة للسيد Aynès (المرجع عنه، رقم 7، صفحة 15) في «منفعة».

(3) انظر حول براهين كهذه Ch. PERBLMAN, Logique juridique - Nouvelle rhétorique، الطبعة الثانية، رقم 33، صفحة 58، VIII. انظر في صدد مثال أمر الرقم 724 السابق.

(4) انظر الرقم 889 السابق.

(5) عند قبول مفهوم موضوعي للعقد لا يبدو اللجوء إلى مفهوم السبب، للأخذ بأن العقد يستمر رغمًا عن تغيير أحد فراقه تكوينه، إن وظيفته ليست سوى إدخال هذه الإوالية في التنظيم الإيجابي.

للتنازل عن العقد⁽¹⁾ ويرتكز على تيار فقهي يؤكد اليوم يرى في العقد رباطاً بين عدة أشخاص وقيمة متعلقة بالنزعة المالية⁽²⁾.

وقد اعتقد السيد Sériaux، حديثاً، أن بإمكانه إنكار هذا الطابع المختلط للعقد للأخذ بأن «الرباط العقدي المنظور إليه بحد ذاته بتعذر التنازل عنه لأنه ليس رباطاً وإنما هو مال: إنه علاقة بين شخصين أو عدة أشخاص»⁽³⁾. ويفضل المؤلف على التنازل «استبدال شخص بآخر في روابط العقد»⁽⁴⁾. غير أن انسحاب أحد الأشخاص إذا كان العقد يشكل بالفعل هذا الرباط بين شخصين على الأقل، بلغيه، وتعمير «استبدال» متعاقد بآخر في رباط موجود سابقاً ليس إذاً أكثر ملاءمة، ذلك بأنه ليس ثمة إنشاء رباط عقدي جديد بالضرورة: لا يمكن إشغال مكان شخص في علاقة غير موجودة بسبب انسحاب هذا الشخص ذاته.

وتنشأ الصعوبة كلها، في البحث عن حل، عن الواقع في أنه يقتضي بالضرورة التقدير بين هذين المظهرين للعقد وأحدهما لا يبدو من الممكن التضحية به بمضرة الآخر.

ويبدو، في هذا المقصد، من الملائم الانطلاق من الموقف الأخير للفقهاء والبحث عما إذا كان المفهوم الثنائي للتنازل عن العقد يمكن أن يكون مقبولاً، لسبب أساسه القانوني ونتائج العملية. وتقودنا هذه المحاولة إلى التحقق من أن هذه النظرية في تمانع جزئياً مع الدور الذي تقوم به الإرادة في العقد كإجراء خلق مفاهيم قانونية، مما يجبر عندئذ، بدون أن تكون العودة إلى المفهوم الثنائي ممكنة، على رد المفهوم ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد.

1 - رد المفهوم الواحد للتنازل عن العقد.

688 - الحينات المتمثلة في المفهوم الواحد للتنازل عن العقد.

يتيح المفهوم الموضوعي للعقد (العقد المنظور إليه كمال) قبول أن التنازل يمكن لا يتناول الموجبات المنبثقة عنه وإنما يتناول العقد ذاته، وهو أداة إنشاء هذه الموجبات⁽⁵⁾. ويؤدي تحليل كهذا إلى ثلاث نتائج.

إنه يجيز أولاً عدم تقليص التنازل عن العقد إلى النقل غير الصحيح وغير القابل للتقسيم للديون (عليه) وللمدين (له) وإدخال الحقوق الإرادية فيه بديهياً مما يذلل إحدى العقبات الرئيسية التي تصطدم بها النظرية الثنائية⁽⁶⁾.

(1) انظر الرقمين 680 و 684 السابقين.

(2) انظر A. WEILL, La relativité des conventions en droit privé français, 1939, Dalloz, مقدمة M. NAST, رقم 238، صفحة 416 وما يليها.

(3) Droit des obligations، رقم 176، صفحة 585.

(4) المرجع عنه.

(5) انظر في هذا الاتجاه L. AYNES، المرجع عنه، رقم 8، صفحة 15.

(6) انظر الرقم 682 السابق.

وعدم تحديد التنازل عن العقد بحوالة مزدوجة للحق والدين يجب، فضلاً عن ذلك، أن يسمح بعدم إخضاع حجية التنازل تجاه المحال عليه للمعاملات المينة في المادة 1690 من القانون المدني⁽¹⁾.

إن تحليلاً كهذا يمكن أن يركز على حركة اجتهادية برزت في مادة اندماج الشركات. فمحكمة النقض ترفض بالفعل تطبيق المادة 1690 على هذا الاندماج، إذ تأتي الشركة الممتصة إيجابياً «سلبياً وبسرعة» لتأخذ مكان الشركة التي جرى امتصاصها⁽²⁾. والتنازل عن العقد، كما الاندماج، يحقق ثقل كليّ دفعة واحدة مما يتيح له أن يتجنب صلابة شكلية المادة 1690.

ويتيح المفهوم الموضوعي للعقد أخيراً قبول صحة عقد التنازل الجاري بين المتنازل والمتنازل له حتى في غياب موافقة المحال عليه: بإمكان المتنازل بحرية التصرف بما لا يفصل عن شخص المتعاقدين.

689 - تحظر المادة 1134 من القانون المدني أن يكون المتنازل محرراً من موجباته تجاه المحال عليه.

إن مفهوماً موضوعياً بحثاً للعقد يجب أن يتيح تحرير المتنازل الذي، ما أن يجري التنازل عن «ماله»، يقتضي أن لا يكون مرتبطاً به. غير أن ذلك يعني دفع هذا التحليل بعيداً جداً فيصطدم بالمادة 1134 من القانون المدني. فهذه المادة التي تنص على أن «الإتفاقيات المكوّنة شرعاً تقوم مقام القانون تجاه من أبرمها» تؤكد بالفعل مفهوماً ذاتياً لقوة العقد الملزمة التي تؤدي إلى نتيجتين.

بإمكان المحال عليه، من جهة أولى، الاستمرار في الإفادة من العقد تجاه المتنازل، وبالفعل لا تجهز المادة 1134 على الإطلاق قبول إمكانية هذه المتنازل في التحرر من موجباته بمفعول عقد التنازل وحده المبرم مع المتنازل له. يتعذر إذاً الكلام إلا على تنازل داخلي وغير تام عن عبء العقد: إذا بقي المتنازل ملزماً تجاه المحال عليه فلن يتحمل المتنازل له العبء النهائي بسبب عقد التنازل ذاته.

غير أن ذلك ليس الحل الذي اعتمدته حكم حديث وإنما يعيد عن الفرضية الخاصة

(1) إن ذلك ليس الحل الذي اعتمدته الاجتهاد، انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 تموز 1993، الشرة المدنية، رقم 111، صفحة 73 - P. RAYNAUD، المرجع فيه، صفحة 174، وصيغة 175 - Ph. MALAURIE، المرجع فيه، صفحة 95 وما يليها - A. RIBG، فهرس القانون المدني، V، التنازل من العقد (1987) رقم 36 والإسنادات المستشهد بها.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 آذار 1972، الشرة المدنية، I، رقم 71، صفحة 165، مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، II، 17270، ملاحظة D. 1972. V. GUYON، صفحة 545. وكذلك J. BERTREL et M. JEANTIN، Acquisitions et fusions des sociétés commerciales، الطبعة الثانية، رقم 77B وما يليه.

للتنازل عن إيجار تجاري⁽¹⁾. وكان المالك المحال عليه قد قاضى لدفع بدلات الإيجار المستحقة لاحقاً للتنازل، المتأجر المتنازل. وقد رفضت قضاة الأساس طلبه مع أنه لم يقبل التنازل الذي تم إبلاغه إياه فقط، فتقدم المالك بطلب من المحكمة النقض التي: إذ أخذت بأن «الإيجار لم يكن يحوي بند تضامن بين المتنازل والمتنازل له في شأن دفع بدلات الإيجار المستحقة لاحقاً للتنازل، وهذا الحكم الذي خالف اجتهاداً قائماً⁽²⁾ آثار الدعشة⁽³⁾ لأنه يتعارض مع نص المادة 1134. وليس من المستحيل الأخذ بأنه يفسر بخاصية قانون الإيجارات التجارية. وبالفعل تعلن المادة 35 - 1 من مرسوم 30 أيلول 1953 البنود التي تنزع إلى منع المالك التنازل عن إيجاره باطلة؛ والأخذ بأن المتنازل لا يتحرر بفعل التنازل يعني إلغاء مدى هذا النص: لم يقم المتأجر بالتنازل عن عقده وإنما ضم مديناً وحسب.

وأكثر من ذلك تحظر المادة 1134 هذه أن لا يعود المتنازل ملزماً إلا بصفة «ضامن» المتنازل له الذي يغدو ملزماً بصفة أصلية بالديون اللاحقة للتنازل: إذا كان العقد شريعة المتعاقدين فإن التنازل لا يجيز بالتأكيد للمتنازل إلا تخفيف مدى تعهداته تجاه المحال عليه بدون موافقة هذا الأخير.

إن الفقه منقسم حول هذه النقطة⁽⁴⁾ والاجتهاد لا يقدم إلا القليل من البيانات خارج فرضيات التنازلات القانونية⁽⁵⁾. وإذا جرى قبول أن المتنازل يبقى ملزماً فينبغي عندئذ التحديد

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 تموز 1988، النشرة المدنية، III، رقم 125، صفحة 169 المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1989، صفحة 217، ملاحظة M. PÉDAMON.

(2) النقض المدني، 20 تموز 1920، S. 1921، 1، 79 - النقض المدني، 7 كانون الثاني 1947، مصنف الاجتهادات الدوري، 1947، II، 3510، ملاحظة J. BECQUÉ - حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 9 تشرين الثاني 1956، مجلة نصر العدل، 1957، I، 120، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1957، صفحة 357، ملاحظة J. CARBONNIER - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 أيار 1971، النشرة المدنية، III، رقم 324، صفحة 231.

(3) انظر B. PETIT، ملاحظة على حكم محكمة استئناف باريس، أول آذار 1990، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة G، II، 21559، رقم 4.

(4) انظر لصالح صفة الضامن، L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 190 وما يليه - G. MARTY et P. - RAYNAUD، Les obligations، الجزء I، المصاد، الطبعة الثانية رقم 253، صفحة 365 - A. RIEG، الغيرس المدني، V التنازل عن العقد (1987)، رقم 55. وعلى نقيض ذلك Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 127 وما يليه، ولا سيما صفحة 298: «ما دام أن المحال عليه لم ينضم إلى التنازل يبقى المتنازل ملزماً تجاهه بالطريقة عينها تماماً كما لو أن التنازل لم يحصل، ولا يمكن إيماده إلى صف المدين الثاني بدون رضا المحال عليه تطبيقاً للمبدأ الذي يقضي بأنه لا يمكن تعديل حقوق دائن تجاه مدينه بدون تدخله». Ch. LAPP، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 43، صفحة 63 - Ph. MALAURIE، المرجع عينه، صفحة 235.

(5) انظر حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 22 تشرين الثاني 1957، D. 1958، 115، تعليق J. R. DESIRY، مصنف الاجتهادات الدوري، 1958، II، 10385، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1958، صفحة 268، ملاحظة J. CARBONNIER، الذي يبين في مادة الإيجار أن المبالغ المتنازل لا يبقى ملزماً بموجباته الأصلية الناجمة عن الإيجار إلا بصفة كفيل. أضيف إلى ذلك حكم محكمة استئناف

بأي صفة. ولا يبدو أنه من الممكن أن يكون ملزماً بالتضامن عندما يترابط رباطان قانونيان أحدهما مستقل عن الآخر: الرباط الذي يجمع المتنازل بالمحال عليه والرباط الذي يوحد هذا المحال عليه بالتنازل له⁽¹⁾. فالفقه الأغلب إذا تكلم، إذا صح القول، وبسبب الصمت، على صفة المحال عليه «كضامن». بيد أنه يجب التوافق حول مدى التعبير: إن المتفرغ الذي بقي ملزماً تجاه المحال عليه سنأخذ للمادة 1134 ينبغي أن يُعتبر في علاقاتهما كمدِين واحد؛ وإذا كان المحال عليه لم ينتفع من العقد تجاهه فيمكنه أن يحتج في وجهه بالدفع ووسائل الدفاع المنبثقة عن العقد وبهذه الدفع ووسائل وحسب، حتى ولو كانت قد نشأت بعد التنازل، فيكون المتفرغ عندئذ بالتاكيد ضامن المتنازل له إذا كان المحال عليه قد قاضى أولاً المتنازل له، بيد أن ذلك لا يغيّر على الإطلاق مدى تعهده تجاهه.

وعلى المحال عليه، أمام صلاية المبادئ، أن يبقى، من جهة ثانية، ملزماً بموجباته تجاه المتنازل. إلا أن هذا المتنازل، بنقل عقده إلى الغير، جرد نفسه على الأقل من حقه في الإفادة من العقد تجاه المحال عليه⁽²⁾. ولن يكون بإمكانه بالفعل في الوقت عينه أن يتنازل عن عقده وأن يستمر بالإفادة منه. والأمر يتعلق هنا بتطبيق مبدأ الحسبية⁽³⁾: لن تنتج عن عقد التنازل المفاعيل كافة بين الفريقين إذا كان لا يزال بإمكان المتنازل المطالبة بالإفادة من العقد المتنازل عنه تجاه شريكه الأصلي في التعاقد.

690 - عندما تفرض المادة 1134 من القانون المدني أن يبقى المتنازل ملزماً تجاه المحال عليه رغمًا عن إبرام عقد التنازل لا يمكن أن تنتج النظرية الواحدة للتنازل عن العقد مفاعيلها جميعاً. وبتعبير آخر لا يتيح المفهوم الذاتي للقوة الملزمة التي أكدها القانون الرضعي بلا لبس، بمنع تحرير المتنازل، للتنازل عن العقد أن يعمل، إذا كان من الواجب أن يكون موضوعه أو على الأقل مفعوله استبدال أحد الفريقين بفريق آخر في علاقة عقدية.

فليست النظرية الواحدة كما النظرية الثنائية مرضيتين إذاً حول هذه النقطة⁽⁴⁾. إن الأمر يتعلق هنا بالعنصر الأول من تحليل يجب أن يوصل إلى رد المفهوم ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد.

= باريس، أول آذار 1990، المذكور سابقاً، الذي حكم بأن «التعهد الصادر عن [المتنازل] في الإيجار بأن «يفي شامناً ومسؤولاً بالتضامن من دفع بدلات الإيجار» لا يمكن تحليله بأنه كفالة».

(1) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 127 ولاسيما الصفحات 299 إلى 301.

(2) انظر PLANJOL et RIFERT، المراجع عينه، الجزء X، تأليف B. PERREAU، رقم 557، صفحة 690 ووصفتها 691. انظر في الاتجاه عينه الفقه المدني، 21 حزيران 1919، S. 1920، 1، 72.

(3) انظر الرقم 371 السابق وما يليه.

(4) انظر الرقم 680 السابق وما يليه.

ب - رد المفهوم ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد.

691 - لا يتيح الدور الذي تقوم به الإرادة في تكوين العقد قبول التنازل الاتفاقي عنه.

ينبغي أن يُنظر إلى التنازل عن العقد، الذي يتم تحليله حتى اليوم في العلاقات بين المتنازل والمحال عليه، في العلاقات بين المحال عليه والمتنازل له.

إن مبدأ الحجية، المنضم إلى المفهوم الذاتي لقوة العقد الملزمة، يسوّغ أولاً الامتناع بالنسبة إلى المتنازل له في أن يستفيد من العقد المنقول تجاه المحال عليه في غياب موافقته. وبالفعل تحظر المادة 1134 من القانون المدني على المتنازل أن يتحرر وحده من العقد الذي يربطه بالمحال عليه الذي بإمكانه دائماً الإفادة منه تجاهه⁽¹⁾. فعقد التنازل لا يتيح له إذاً أن ينقل إلى الغير صفته كطرف طالما أنه يبقى هو نفسه فريقياً في العقد المتنازل عنه؛ إن الأمر يتعلق هنا بالحد الذاتي لغالبية التنازل عن العقد. وبتعبير آخر إن السماح للمتنازل له بالإفادة من صفة فريق في العقد المتنازل عنه تجاه المتعاقد المحال عليه مستحيل، طالما أن المتنازل المحفوظ بهذه الصفة لم يتمكن من نقلها؛ إن حلاً كهذا يوصل بالفعل إلى إعطاء المتنازل له حقوقاً أكثر من التي يمكن أن يعطيه إياها عقد التنازل ويصطدم بمبدأ الحجية: لا يؤمن هذا المبدأ سوى الفعالية التامة للعقد بين الفريقين وتجاه الغير⁽²⁾، ولا يتيح إعطاءهما حقوقاً على الغير أكثر من الحقوق التي يمكن أن يحصل عليها بفعل العقد.

وبالمقابل، إذا قبل المحال عليه أن يستفيد المتنازل له من العقد المتنازل عنه تجاهه، يمكن أيضاً افتراض أن المحال عليه قبل التنازل عن العقد الذي أبرمه المتنازل له مع المتنازل؛ وفي هذه الفرضية يعطي المحال عليه موافقته لكي يصبح المتنازل له شريكه في التعاقد. ولا يعود بالتالي من الممكن الكلام على تنازل عن العقد: يولد تبادل الرضا عقداً جديداً يتكوّن بين المحال عليه والمتنازل له وخاصياته ماثلة تماماً للعقد المتنازل عنه. وبالفعل يقبل المتنازل له، بإبرام عقد التنازل، أن يكون المحال عليه شريكه في التعاقد. ويقل المحال عليه، بقوله استفادة المتنازل له من العقد المتنازل عنه تجاهه، هذا التغيير في شخص شريكه في التعاقد ونعود عندئذ إلى الوضع التقليدي لإيجاب (من قبل المتنازل له) وقبول (من قبل المحال عليه) وتلاقيهما، على اعتبار أن توافق الإرادتين هو معيار العقد (كل موجب ينشأ عن اتفاق كهذا هو عقدي)⁽³⁾، بشكل اتفاقية جديدة موضوعها ومسببها معروفان من كل من الفريقين طالما أنهما ماثلان لموضوع العقد المتنازل عنه ومسببه.

(1) انظر الرقم 689 السابق.

(2) انظر الرقم 377 السابق وما يليه.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 239.

إنه الوضع نفسه الذي نجده إذا كان المتعاقد المحال عليه، عكسياً، يستفيد من العقد المتنازل عنه تجاه المتنازل له.

ومبدأ الحجية يسمح له بذلك. وبالفعل يجب أن يؤمن هذا المبدأ فعالية العقد التامة بين الفريقين⁽¹⁾. ولئن ينتج عن عقد التنازل الحاصل بين المحال عليه والمتنازل له مفاعيله التامة بينهما إذا كان يتعذر على المحال عليه الاستفادة من العقد الذي يشكل موضوعه تجاه المتنازل له⁽²⁾. ومبدأ الحجية، بتعبير آخر، يستدعي أن تكون لدى المحال عليه إمكانية مقاضاة المتنازل له. ولكن، عندما يستعمل هذه الإمكانية، ألا يبرم معه عقداً جديداً موضوعه وسببه مماثلان للعقد المتنازل عنه؟ ثمة هنا أحد أمرين. إما اعتبار أن إفادة المتعاقد المحال عليه من العقد المتنازل عنه تجاه المتنازل له لا تستوجب أن يكون قد أراد الموافقة على التنازل عن العقد عندما لا تعبر دعواه عن رضا محافظ على المعنى نفسه في مختلف أشكاله⁽³⁾. ويتعذر بالتالي الكلام على تنازل عن العقد، طالما أن المحال عليه لا يكتسب صفة فريق متعاقد مع المتنازل له، وإما أن يكون المحال عليه، باستفادته من العقد تجاه المتنازل له، موافقاً على التنازل عن العقد. بيد أنه بإبداء إرادته بأن يصبح المتنازل له شريكه في التعاقد، يكون معه بالضرورة عقداً جديداً متميزاً عن العقد المتنازل عنه، مع أن خصائصهما متماثلة. إن حلاً كهذا يفرض نفسه، إلا أن ننقي عن الإرادة دور المعيار في تكوين العقد.

صعوبات لهما طابع نظري يمكن تلخيصهما بسهولة. فالتحليل، من جهة أولى، يجب أن لا يتثير حتى ولو أعطى المحال عليه موافقته على تنازل محتمل عن العقد في آونة إبرام عقده مع المتنازل: يتعلق الأمر برضا سبق معطى لتكوين عقد جديد مع المتنازل له المحتمل. والعقد الجديد، من جهة ثانية، المبرم بين المحال عليه والمتنازل له، يؤدي إلى انقضاء العقد الذي كان موضوع التنازل لغياب السبب. ولا يعود بإمكان المتنازل، لأنه أبرم عقد التنازل، الاستفادة من العقد المتنازل عنه تجاه المتعاقد المحال عليه. والحق الذي يحتفظ به هذا الأخير في الاستفادة من العقد تجاه المتنازل هو بالتالي مجرد من أي مقابل حقيقي. إن معياراً كهذا هو الذي يتيح للجتهاد، حتى في آونة تنفيذ العقد، الأخذ بغياب سبب العقد.

وقد صلد، من جهة ثانية، حكم عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 14 كانون الأول 1982 أورده أن التنازل عن عقد ملزم للطرفين يتيح للمحال عليه أن يلاحق مباشرة المتنازل له الملزم تجاهه استناداً إلى العقد المنقول⁽⁴⁾، ولا يتعارض ذلك مع التحليل المقدم.

(1) انظر الرقم 371 السابق.

(2) قارن بـ Ch. LAPP، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 40 وما يليه، الذي يتسلق بسبل الحجية لتفسير دعوى المحال عليه ضد المتنازل له.

(3) انظر في شأن ضرورة قبول مجرد من اللبس لكي يكون العقد قد تكون، تكوين العقد، رقم 118 وما يليه. وكذلك A. SÉRIAUX، المرجع عنه، رقم 13، صفحة 46 والتعليق 84.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة محكمة النقض، 14 كانون الأول 1982 الملوك سابقاً.

إن مداه ينبغي، في أول الأمر، أن يتحدد بسبب خاصيات وقائع القضية التي لم تكن تسوّج الحل المعتمد. وبالفعل سبق أن تنازل حائز وعد ببيع قطعة أرض (متنازل عنها) عن حقوقه لشركة تعهدت بأن تدفع له مبلغ 280000 فرنك في حال استعمال الخيار للتمريض عن الأشغال التي قام بها في قطعة الأرض هذه. وكانت الشركة (المتنازلة) قد تنازلت بدورها عن الإفادة من الوعد لشركة أخرى (متنازل لها) أصبحت في النهاية مالكة قطعة الأرض هذه فقاضى المُحال عليه لدفع مبلغ 280000 فرنك مباشرة هذه الشركة. بيد أن هذا المبلغ لم يكن مقابل عقد الوعد وإنما مقابل أشغال نفذها المحال عليه الذي تعهد، في عقد متميز بالضرورة، بأن يدفع للمتنازل. وبالتالي كان بإمكان الحكم أن يبين أن المتنازل «تنازل لشركة Acofra (المتنازل لها) عن مجموعة الحقوق والموجبات الناشئة عن العقد، إذ لم يولد عقد الوعد المتنازل عنه هذا الموجب بدفع 280000 فرنك»⁽¹⁾، استناداً إلى العقد المتقول، أي عقد الوعد.

والحكم، خارج هذا التعبير غير الملالم، لا يصطدم بتحليلنا: إن التنازل عن العقد يعطي تماماً المحال عليه إمكانية مقاضاة المتنازل له، غير أنه، إذا كانت هذه الدعوى تعبر عن إرادة المحال عليه في قبول المتنازل له متعاقداً جديداً، فإن هذا المتنازل له ملزم استناداً إلى العقد الجديد الذي يربطه بالمحال عليه والذي له خصائص العقد المتنازل ذاتها، وليس استناداً إلى العقد «المتقول».

692 - ليس للتنازل الاتفاقي عن العقد سوى مفاعيل محددة.

يبدو، في النهاية، أن التنازل الاتفاقي عن العقد، كما هو مستمد من النظرية الواحدة الواجبة التضمين مع مفهوم ذاتي بالضرورة للعقد (عدا نفي أي دور للإرادة)، لا يقدم سوى منافع قليلة. إنه يتيح، من جهة أولى، للمحال عليه الإفادة من العقد الذي أبرمه مع المتنازل تجاه المتنازل له (وإنما في فرضية يستفيد فيها فعلياً منه فيتكوّن عندئذ عقد جديد بينه والمتنازل له)، ومن جهة ثانية على المحال عليه التحرر من عبء العقد الملقى على المتنازل له في العلاقات الداخلية التي تربطه به وحدها.

كما ينبغي حصر مجال التنازل. وبالفعل يجري التعليم بالإجماع أن العقد المبرم بالنظر

(1) يضيف السيد Aymon إلى هذا الانتقاد الأول في تعليقه على الحكم (الملكوت سابقاً II-B) انتقاداً ثانياً يبين أن المتنازل له لم يكن بإمكانه في أي حال الإفادة من العقد المدعى التنازل عنه ضد المتعاقد المحال عليه وإنما ضد الواعد وحسب، مما يتناقض مع إرواية التنازل عن العقد الذي يستوجب «أن ينتظر المتنازل له إرضاء» بمقدار أو امتناع المحال عليه. وبفسر المؤلف هذا الشذوذ بسبب «التمانع الجزري بين التنازل عن العقد والعقد الناقلة» (كالوعد بالبيع). إن التفسير غير مقنع ذلك بأنه كان يمكن أن يكون هو ذاته إذا تعلق الأمر بعقد تنفيذ متعاقب. ولو كانت العقود المعنية مثلاً عقود تقديم المهارة (لا تحوي بند بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه) لكان الحل هو ذاته: لم يكن المتنازل له ليطلب إلى المحال عليه تنفيذ عقد تقديم المهارة (المستفيد الأول من تقديم المهارة) وإنما إلى مقدم المهارة وحده.

إلى شخص المتعاقد معه لا يمكن أن يخضع له⁽¹⁾، على الأقل عندما يختلط هذا الشخص المتعاقد معه مع موضوع العقد⁽²⁾. إن اعتبار الشخص يهيم هنا إلى درجة الاختلاط بمهية الموجب ذاتها؛ فمن غير الممكن إذاً تشبيه العقد (أي جعله شيئاً) مما يحظر التنازل عنه. وبالمقابل يظهر التنازل عن العقد ممكناً ما دام أن اعتبار الشخص خارجي عن الموضوع ذاته للعقد⁽³⁾. وقد قبلت محكمة النقض ذلك وإنما بشرط صريح بأن يوافق المحال عليه⁽⁴⁾. ومن المناسب مماثلة العقد المبرم بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، على الأقل في مفاعيله، بالعقد الذي يكون مصدره لأقابلية التنازل عنه اتفاقاً أو قانونياً⁽⁵⁾.

غير أن ما هو أقل تأكيداً أن التنازل عن العقد يجب أن يحتفظ به للعقود المتعاقبة وحدها. إن تحليلاً كهذا يركز بالفعل على الفكرة في أن العقد الذي استنفذ موضوعه الأصلي في برهه من الزمن لا يمكن التنازل عنه لأن ما هو غير قابل للإدراك أن يتابع الغير الهدف الذي كان هدف المتنازل الذي سبق أن تحقق⁽⁶⁾. وإذا كان صحيحاً أن التنازل في هذه الحالة يفقد منفعة الاجتماعية فإن ذلك قابل للفهم⁽⁷⁾. إن قبول نوع من الوضعية للعقد هو الذي يتيح بالفعل التنازل عنه. ولذلك يكون اللجوء إلى إرادة أحد الفريقين في العقد المتنازل عنه لتحديد مده تناقضياً: إذا كان العقد، جزئياً، مالياً، يمكن التنازل عنه بالاستقلال عن الهدف الذي تعاقده هذا الفريق من أجله. ومنذ اللحظة التي ما زال ينتج فيها مفاعيله بعد إبرامه يحتفظ بقيمة مادية ويمكن عندئذ أن يكون موضوع تنازل. وفرضية العقود المتعاقبة التنفيذ ليست معزولة إذن؛ يمكن أن يتم التنازل حتى بالنسبة إلى عقد تنفيذ فوري ما دام أن هذا التنفيذ قد تأخر بفعل شرط معلق أو أجل موقوف.

693 - لا يمكن قبول التنازل الاتفاقي عن العقد.

عندما ينتج التنازل الاتفاقي مفاعيل كهذه يمكن شرعاً السأول عن إمكانية الكلام على «تنازل» عن العقد: التنازل داخلياً من عبء الموجب الذي ينشئ العقد ليس التنازل عن العقد؛ إنه على الأكثر حوالة الدين المبنية عنه. وما دام أن المحال عليه لم يعط موافقة فإن

(1) انظر G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، رقم 350، صفحة 399. Ph. MALAURIE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 4، صفحة 1011.

(2) انظر L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 334 وما يليه.

(3) انظر L. AYNÈS، المرجع عينه رقم 345 وما يليه.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة 1، G. I. 3591، رقم 17 وما يليه، ملاحظة Ch. JAMIN، النشرة المغذية، IV، رقم 3 صفحة 3 المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 762، ملاحظة J. MESTRE. بيد أنه يمكن، في هذه الحالة، السأول عما إذا كان ينبغي أيضاً الكلام على التنازل: الرضا الذي أعطاه المحال عليه يبدو أنه يجب أن يولد عقداً جديداً نصوصه مماثلة للسابق بين المحال عليه والمتنازل له.

(5) انظر L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 356 وما يليه.

(6) L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 280 وما يليه.

(7) انظر في هذا الاتجاه، G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، رقم 349، صفحة 358.

النظرية الثنائية والنظرية الواحدة لا تيحان الذهاب أبعد من ذلك. وما أن يعطي المحال عليه موافقته لن يكون ثمة تنازل وإنما إنشاء عقد جديد خصائصه مماثلة بالتأكيد لخصائص العقد المتنازل عنه بين المحال عليه والمتنازل له. هنا يتأكد الحد الإرادي ووضعة العقد اللذين تحققهما النظريتان: يمكن تطبيق المظهر الذي المالي على مكونات العقود (الموجبات) وليس على الإجراء الذي يولدها، أي العقد.

ويمكن أن يفكر بعضهم في أن خلاصة كهذه مؤسفة آخذاً في الحسبان المنفعة الاجتماعية المرتبطة بالتنازل عن العقد (يمكن أن يكون من الملائم التنازل عن وعد أحادي الجانب بالبيع، أو عقد توريد حصري للسلع، أو كذلك عقد بيع في صورة إيجار، مع أنه لا يوجد أي نص ينظم تنازلات كهذه⁽¹⁾). على أنها لا تدين مع ذلك جميع الحلول: بإمكان المتنازل نقل عبء موجباته إلى الغير، المتنازل له، وعندما يعطي المحال عليه موافقته على التنازل يتكوّن عقد جديد مماثل للقديم وإنما يربط فريقين جديدين بدون أن تكون ثمة حاجة إلى التفاوض حول مضمونه.

694 - يوصل الذهاب إلى أبعد من الاقتراح الذي أبديناه إلى تشويه المبادئ القانونية المكتسبة بلا فائدة، إلى درجة الإخلال في توازن الأركان المكونة للعقد (الرضا لصالح السب والقيمة الدمية العالية بمضرة الرباط الشخصي)، للهدف الوحيد أي قبول وإولية ضرورتها ليست مطلقة إلى هذا الحد في وجود حلول تخييرية.

ويقود هذا التحليل للطبيعة القانونية «للتنازل التوافقي عن العقد» بالضرورة إلى إعادة التفكير في نظامه القانوني، ذلك بأنه ليس لأن وصف التنازل يبدو مستحيلاً يصبح توافق الإرادة محروماً من أي مفعول. وإذا كانت الفرضية الأولى «للتنازل»، أي الفرضية التي لا يتدخل المحال عليه فيها، لا تثير صعوبات خاصة بالنسبة إلى تحديد نظامه القانوني⁽²⁾، فليس الأمر على هذا النحو في ما يتعلق بالفرضية الثانية، أي الفرضية التي يعطي فيها المحال عليه موافقته. فنظام هذا الشكل الأخير «للتنازل التوافقي عن العقد» يمكن أن يكون مستوحى من نظام الإنابة في الدين⁽³⁾.

واستخدام الاستدلال بالمماثلة يوسّعه وجود شبه بين هاتين الإوليتين؛ وهكذا يمكن التحقق من أنهما تضعا في العواجهة ثلاثة أشخاص (المتنازل المنيب والمحال عليه المتنازل

(1) يمكن أن توصل الأحجية المعترف بها في تحقيق تنازل رضاءاً من قبول منفعها الاجتماعية إلى تأهيلات متازع فيها؛ انظر CH. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 89، صفحة 1277: «إذا كان المتنازل والمتنازل له قد توخيا، في تنازل حقيقي عن العقد، تحرير المتنازل واستبدال المتنازل له به يمكن تارة عدم الوصول إلى هذه النتيجة وذلك ينبغي أن لا يمنع اعتبار العملية تنازلاً عن العقد».

(2) تترى الصعوبات بالإستاد إلى عقد التنازل والمتنازل له وحدهما.

(3) انظر حول هذه الإربالية M. BILLIAU، Le délégué de créance Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations، أطروحة في باريس، منشورات L.G.D.J، 1988، مقدمة J. GHESTIN.

والمتنازل له / المناب لديه) رضاهم لا غنى عنه - سنرى الأهمية الواجب إعطاؤها لهذه المشاركة الثلاثية - ومن أن أي نقل ليس موجوداً في الحقيقة وأن علاقة قانونية جديدة نشأت بين اثنين منهما فقط (المتنازل / المنيب والمتنازل له / المناب لديه). والتنازل المسمى «اتفاقياً» من العقد لن يكون بالتالي شيئاً آخر غير الإنابة في العقد⁽¹⁾. والمصطلح المقترح يكون هكذا هو الأصح.

(1) انظر: M. BILLIAU, Cession de contrat ou «délégation» de contrat? Étude du régime juridique de la : 3758, I, 1994, مصطفى الاجتهادات الدوري, prétendue «cession conventionnelle de contrat».

القسم 2

نظام توافق الإرادات الموصوف «بالتنازل عن العقد» بصورة غير ملائمة

695 - يجب أن تتيح السمات المشتركة بين «التنازل الاتفاقي عن العقد» والإبابة في الدين تحديد النظام القانوني «للتنازل (الإبابة) عن العقد» بدقة من وجهتي نظر على الأقل، أي في ما يتعلق بالاستثناءات التي يمكن أن يتمسك بها المتعاقدان المحال عليه (المتاب لديه) والمتنازل له (المتاب) لمعارضة تنفيذ العقد وانقضاء العقد «التنازل عنه» (موضوع الإبابة)⁽¹⁾.

الفقرة 1 - حجية الدفعوع

696 - عقدان متعاقدان وثلاثة فرقاء وموضوعان متماثلان، هذه هي مقدمة النيمامة (Casuistique) التي تبين وجود عملية قانونية ثلاثية الأشخاص⁽²⁾. وتفصل هذه العناصر دقيق بصورة خاصة؛ بيد أن ما هو أساسي تحديد الانطلاق الجيد بين مختلف العلاقات العقدية لأن الدفع التي يمكن أن يثيرها هذا الفاعل أو ذاك تتوقف على نقطة معرفة ما إذا كانت مرتبطة بالعقد الأول أو بالعقد الجديد. ينبغي إذاً التفريق بين الدفع الملازمة للتنازل والدفع الملازمة للعقد المدعى التنازل عنه فنبين هكذا أن الأولى هي التي يحتج بها جميع الفرقاء عندما تتعلق بتكوين التنازل في حين أن الثانية لا يمكن أن يتمسك بها المحال عليه ولا التنازل له.

(1) الطابع الجديد للعقد «التنازل عنه» يجب أن يؤدي إلى هذه النتيجة بأن معاملات المادة 1690 من القانون المدني غير قابلة للتطبيق. وينبغي أن يكون التنازل محجاً به تجاه الغير من ثلاثي الإراعات. ولا يفرض أي نص بالفعل إنجاز هذه المعاملات لإنشاء حق. إنه الحل المقبول في الإبابة في الدين، انظر M. BILLIAU، المربع منه، رقم 253 ورسم 254. وقد رأينا مع ذلك أنه لم يكن الحل المقبول في القانون الوضعي.

(2) حسب تعريف السيد Larroumet، Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé أطروحة في بوردو مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968، رقم 11، صفحة 22.

I - حجية الدفوع للنجاسة عن التنازل

697 - عند قبول المحال عليه والتنازل له «التنازل» يتيح المحال عليه تكوين عقد جديد بينه والمتنازل له . وبإمكان المحال عليه والمتنازل له وفقاً للمبادئ التي تسوس تكوين العقود وتنفيذها أن يتمسك كل منهما تجاه الآخر ببعض الدفوع، جميع الدفوع المرتبطة، في الحقيقة، بتكوين العقد الجديد وتنفيذه⁽¹⁾.

698 - أثر مشاركة المتنازل.

يبد أنه ينبغي الأخذ في الحسبان مشاركة المتنازل في تكوين العملية . غير أنه، بالنظر إلى خاصية التنازل، إذا ظهر المتنازل كطرف في تكوين العقد الجديد، فلن يكون مطلقاً فريقاً في تنفيذه، أنه غير بالنسبة إليه . ويسوغ رضاه لأنه ضروري للرجوع عن العقد المعدى «التنازل عنه»، مما يجب أن يؤدي إلى تحرره في الأجل المحدد⁽²⁾. ويقود الاعتراف بمشاركة المتنازل في تكوين عقد جديد إلى الاعتراف عندئذ بأن المحال عليه والمتنازل له بإمكانهما بديهياً التمسك ببعض أسباب تسويغ البطلان المستخرجة من عمل إرادة المتنازل غير أنه يقتضي تحديد ذلك بدقة.

يبدو من الضروري الانطلاق من مثال توضوح التفسيرات مستخرج من عيوب الرضا . يجب لأن المتنازل ليس الشريك (الجديد) في التعاقد مع المحال عليه بالطريقة عينها كما هي الحال في مائة الإثابة إذ ليس المتبب شريك المتنازل لديه في التعاقد⁽³⁾، الاستخلاص أن الخداع الذي ارتكبه المتنازل - الذي لم يتأكد منه المتنازل له بنفسه - لا يمكن أن يتمسك به المحال عليه للحصول على بطلان العقد الجديد . ومن المعروف، بالفعل، أن الخداع، حسب أحكام المادة 1116 من القانون المدني، ليس سبباً للبطلان إلا أن يصدر عن الشريك في التعاقد⁽⁴⁾.

على أن المتنازل تدخل بجد في تكوين «التنازل»، حتى ولو بقي التنفيذ أجنياً عنه، على النمط ذاته كما في الاشتراط لصالح الغير (كل الأشياء متساوية إضافة إلى ذلك) حيث يتدخل المشترط في تكوين حق المستفيد الذي لا يتلقى منفعة . والحال أنه من المقبول أن بإمكان الواعد أن يحتج في وجه المستفيد بأسباب البطلان التي يمكن أن يفيد منها تجاه المشترط⁽⁵⁾. أفلا ينبغي اعتبار أن بإمكان المحال عليه التمسك بخداع المتنازل؟ وعلى النمط ذاته ليس من الواجب اعتبار أن المتنازل له بإمكانه التمسك بهذا الخداع ذاته؟

(1) انظر بالمقابلة بالإثابة في الدين M. BILLIAU، الأطروحة البالغة الذكر، رقم 296 وما يليه.

(2) انظر الرقم 702 اللاحق وما يليه.

(3) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 298.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 572.

(5) انظر الرقم 635 السابق.

699 - تحديد الطبيعة القانونية للدفع يجب أن يتم مع الأخذ في الحبان وجود عدة

عقود.

يبدو أن الصعوبة يقتضي حلها بهذا الاعتبار أن ثمة تشابكاً في العقود. فالعقد المسمى «متنازلاً عنه» لا يتعلق إلا بالمتنازل والمتنازل له، والعقد الجديد يبرم بين المحال عليه والمتنازل له فقط، وبين هذين الطرفين - إذا صح القول - يتكون توافق إرادات بين الفرقاء الثلاثة المعنيين وهو منثور لإيجاد علاقة بين هاتين الاتفاقيتين. وعليه تكفي، لتسوية مسألة حجية الدفع بالخداع، معرفة أي اتفاقية تربط بها المناورات الجرمية. ويتعير آخر لا يمكن التمسك بالخداع الذي يمكن أن يتناول العقد «المتنازل عنه» من قبل المتنازل له، كما أن الخداع الذي يتناول علامات المحال عليه بالمتنازل له لا يمكن أن يتمسك به إلا هذان الأخيران. وبالمقابل يكون الخداع الذي ارتكبه أحد الفريقين في مناسبة عملية «التنازل» محتجباً به من قبل كل منهما. وهذا التحليل يمكن أن يعمم وأن يتعلق بالدفع جميعاً أيأ كانت طبيعتها وهي ترتبط بتوافق الإرادة وموضوعه تحقيق «التنازل». وتتيح هذه الطريقة في التصدي للمادة استشفاف قاعدة حجية الدفع المرتبطة بالعقد «المتنازل عنه».

II - لاجحية الدفع للملازمة للعقد «المتنازل عنه»

700 - ينبغي، صلباً، التنازل عما إذا كان المتعاقد المحال عليه يمكنه أن يحتج في وجه المتنازل له، المتعاقد الجديد، بالدفع التي يستطيع الاحتجاج بها في وجه المتعاقد الأصلي، المتنازل. ونعتقد المسألة، إذا تساؤلنا، من وجهة نظر المتنازل له، عما إذا كان بإمكانه هو أيضاً الاحتجاج في وجه المحال عليه بالدفع التي يمكن أن يحتج المتنازل بها ضده. يمكن اعتبار أنه ينبغي، طالما أن «التنازل التوافقي» عن العقد، يتحلل في الحقيقة كإبرام عقد جديد، الاعتراف بأن مسألة نقل «الحقوق الإرادية» ليس لها موضوع. وبالفعل تعتبر نقل حق إبطال العقد المدعى التنازل عنه أو فسخه، حسب التعريف، إلى المتنازل له، نتيجة العقد تعارض معه.

وذلك يعني، من جهة ثانية، تأكيد تعذر تطبيق قاعدة لاجحية الدفع. وأساس القاعدة النهائي يمكن إيجاده في مبدء المفعول النسبي للعقد الذي تطرحه المادة 1165 من القانون المدني. ومن المنطقي، طالما أن العقد «المتنازل عنه» هو عقد جديد، أن يكون المتنازل له والمحال عليه أمام استحالة التمسك بوسيلة دفاع مستخرجة من العقد «المتنازل عنه». وواقع أن هذه الاتفاقيات المتعاقبة لها الموضوع عينه والسبب ذاته ليس من شأنه إفساد هذا التحقق الجوهري. كما أن واقع كون «التنازل عن العقد» وحده يتضمن تشابك حقوق متميزة ليس من شأنه إبطال القاعدة⁽¹⁾. أما بالنسبة إلى التمسك بالنظرية العممة «قاعدة مجموعات العقود»

(1) انظر بالمماثلة، في مادة الاشتراط لصالح الغير، حيث تفرق محكمة النقض ببنائية بين العقد المولّد حق المنفعة والملازمات العقدية التي يدخل بها، الرقم 636 السابق.

فلا تأثير له عندما يدينه التشكيل الرسمي في قتمه لمحكمة النقض⁽¹⁾.
إن القاعدة تعمل بالنسبة إلى الدفع جميعاً سواء تعلقت بتكوين العقد «المتنازل عنه» أو بتنفيذه.

701 - بيد أن مبدأ المفعول النسبي للمعقود ليس من الانتظام العام⁽²⁾، بحيث أن الفرقاء يمكنهم دائماً تقرير استبعاده بإخضاع صحة الاتفاقية الجديدة أو تنفيذها لغياب دفع يحتاج بها المتنازل أو المحال عليه أو بالعكس. كما يقتضي أن يكون الفرقاء قد أعلنوا بوضوح موقفهم حول هذا الموضوع. إن مجرد إسناده إلى «العقد المتنازل عنه» يجب أن لا يكون كافياً، بالنمط عنه كما في مادة الإنابة⁽³⁾.

الفقرة 2 - إنقضاء للعقد «المتنازل عنه»

702 - مسألة غير قابلة للإحاطة بها.

حتى لو كان بالإمكان التمسك بأن المعقد لم يكن موضوعه تحرير المتنازل⁽⁴⁾ فمن الواضح أن التنازل يجب أن ينتج، في آونة أو في أخرى، هذا المفعول. وتطرح عندئذ مسألة معرفة في أي آونة ينقضي العقد. ويرز تخيير عند ذلك: إما أن يكون العقد «المتنازل عنه» قد انقضى في آونة تكوين المعقد الجديد أو يكون قد انقضى بعد ذلك، وعندئذ لا يكون لمسألة معرفة ما إذا كان المتنازل يضمن تنفيذ العقد الجديد من معنى إلا في الفرضية الثانية. يبقى أخيراً تحديد مصير الضمانات المرتبطة بالعقد «المتنازل عنه».

I - لنقض العقد «المتنازل عنه» الملازم «للتنازل»

703 - ليس التجديد ولا التباين المتبادل مفترضين.

ما هو قابل للإدراك بدهاء ربط مفعول مسقط فوري «بالتنازل»، ومفعول ذلك مقارنته بالتجديد بتغيير المدين حتى خلطه به. والممارسة تخلط أحياناً بين هاتين العمليتين. وهكذا، مثلاً، يتمسك مدعي الطعن، في نزاع أفسح في المجال لحكم صدر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض في 12 تشرين الأول 1993⁽⁵⁾، في سبب التسويغ بأن «التنازل عن العقد

(1) انظر الرقم 684 السابق.

(2) انظر L. AYNES، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 آذار 1992، 1992 D. 481.

(3) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما رقم 323.

(4) L. AYNES، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 133.

(5) النشرة المدنية، IV رقم 333، صفحة 240؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة I، G، 3744، ملاحظة M. BILLIAU.

لمستأجر يشكل تجديداً بتغيير المدين، فيكون موجب المؤسسة المتنازل عنها ساقطاً تطبيقاً للمادة 1234 من القانون المدني⁽¹⁾. إن مماثلة كهذه لا تأخذ في الحسبان مع ذلك شروط تحقيق التجديد. وإبرام العقد الجديد بالفعل، المماثل للعقد السابق، لا تستنتج منه بالضرورة إرادة تلاشي العقد القديم، بالنمط ذاته كما في الإنابة التي تنشئ موجباً جديداً، ولا يؤدي مبدئياً إلى التجديد (المادة 1275 من القانون المدني). واللبوء إلى التجديد، يظهر هكذا مفروضاً إلى حد ما. فإرادة انقضاء العقد «المتنازل عنه»، على الأقل، لا يمكن افتراضها لأن نية التجديد ذاتها لا تفترض. ولا يمنع أي نص الفرقاء أن يتفقوا على الانقضاء الفوري.

وليس التجديد التقنية الوحيدة للانقضاء الممكنة. ومن المعروف بالفعل أن بإمكان الفرقاء، استناداً إلى المادة 1134، الفقرة 2، من القانون المدني، وضع نهاية لعقدتهما باتفاق رجوع عنه، للتباين المتبادل⁽²⁾. إن اتفاقاً كهذا، في صلاية المبادئ، لا يمكن مع ذلك افتراضه ذلك بأن القاعدة أن لا يفترض العدول عن الحق ولا يمكن، على وجه الخصوص، استبعاده من صمت الفرقاء⁽³⁾.

وعليه يكون اللجوء إلى هاتين التقنيتين قابلاً للارتقاب بيد أنه يتج مفاعيل مختلفة. فالموجب القديم في التجديد يشكل سبباً⁽⁴⁾، بحيث أنه إذا بدا باطلاً كان التجديد ذاته مشرباً بالبطلان⁽⁵⁾. يتعد إذاً تجديد الموجب المشوب بسبب بطلان مطلق والموجب «المعذور». وبالمقابل يمكن تجديد موجب مشوب بسبب بطلان نسبي طالما أنه قابل للتأكيد (انظر المادة 1338 من القانون المدني). بيد أن التجديد لا يفترض التأكيد. وبالمقابل، إذا اختار الفرقاء طريق التباين المتبادل فهم يستبعدون أي رباط بين الموجب القديم والموجب الجديد⁽⁶⁾، بحيث أن بطلان الموجب القديم يبقى بلا تأثير في صحة الموجب الجديد. يمكن إذاً قيام نقاش حول الطبيعة الحقيقية لاتفاق الرجوع.

على أنه يبدو من المعقول، بما أن التجديد والتباين المتبادل لا يفترضان، الأخذ بأن

(1) انظر حول هذه الإريالية R. VATNET, Le mutous dissensus للمجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 252 وما يليها.

(2) انظر F.DREIFUSS-NETTER, Les manifestations de volonté abdicatives، أطروحة في ستراسبورغ منشورات L.G.D.J.، 1985، مقدمة P. TERCIER، رقم 167. انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 6 آذار 1971، النشرة المدنية، III، رقم 175 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 شباط 1974، النشرة المدنية، III، رقم 70، صفحة 53.

(3) J. CARBONNIER، المرجع عنه، الفقرة 348.

(4) C. PACTET، De la réalisation de la novation، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1975، رقم 13 وما يليه.

(5) A. GHOZI، La modification de l'obligation par la volonté des parties، أطروحة في باريس II، منشورات L.G.D.J.، 1980، مقدمة D. TALLON، رقم 107، ولا سيما رقم 113.

انقضاء العقد المتنازل عنه ليس مرتبطاً بإنشاء العقد، عدا وجود إرادة معاكسة، مما يعني أنه يحصل بصورة لاحقة.

II - انقضاء العقد «المتنازل عنه» بصورة لاحقة للتنازل

704 - انقضاء معاصر للتنفيذ.

هذه الفرضية في العمل قريبة إلى حد كبير من فرضية الإنابة، العادية أو غير التامة. ومن المعروف، بالفعل، أن الموجبات الأصلية، عندما لا تنتج الإنابة أي تجديد (بتغيير المدين أو بتغيير الدائن) تبقى حتى تنفيذ المناب الموجب الجليل الذي يضطلع به تجاه المناب لديه⁽¹⁾. وهذا التنفيذ عندئذ هو الذي يؤدي إلى انقضاء الموجبات الأصلية، ونتيجة لذلك تحرير المنيب تجاه المناب لديه وتحرير المناب تجاه المنيب⁽²⁾.

ويمكن أن يتج «التنازل الاتفاقي عن العقد» مفعولاً مماثلاً بدون سينات تذكر. وهكذا يصبح المتفرغ محرراً عندما يستند العقد الجديد مفاعيله في علاقات المحال عليه بالتنازل له. بيد أن المسألة، عندما يؤخذ بمبدأ انقضاء مؤجل، تطرح لمعرفة ما إذا كان المحال عليه يمكنه مع ذلك مقاضاة المتنازل وبالعكس. وقد طرحت مسألة مماثلة بالضبط في مادة الإنابة في الدين وفي العلاقات بين المنيب والمناب لديه وأثارت جدلاً هاماً⁽³⁾. ولم يمت الاجتهاد بها بعد؛ إلا أنه جرى بيان أن السماح للمناب لديه بمقاضاة المنيب قبل أن يقوم المناب بالتنفيذ مناقض لطبيعة الإنابة وأن هذا الحل يمكن أن يسوّغ «النتائج التي يعطيها الإنصاف أو العرف أو القانون للموجب تبعاً لطبيعته». وبالرضا المتبادل يجوز اعتبار هذا الاستدلال يستقيم بالنسبة إلى «التنازل الاتفاقي عن العقد». بحيث أن المتنازل والمحال عليه، بسبب طبيعة الاتفاق الحاصل، ليس في وصفهما الإنابة من اتفاقيتهما، على الأقل حتى حصول عدم تنفيذ العقد الجديد، مما يكن أن يسوّغه حل اجتهادي⁽⁴⁾.

705 - ليس «المتنازل» ضامن التنفيذ.

يبقى أنه يمكن التساؤل عما إذا كان المتنازل يجب أن لا يعتبر ضامناً تجاه المتنازل له عن تنفيذ العقد الجديد. وهكذا يصبح، إذا صح القول، في وضع الكفيل. على أنه، عندما يتحلل التنازل عن العقد كخلافة للعقد، لا يتضح تماماً كون مجرد إعطاء مراقته على التنازل

(1) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 203 وما يليه.

(2) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 365 وما يليه وموسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، ٧ الإنابة، الطبعة الثانية، 1993، رقم 56.

(3) M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 206 وما يليه.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 تموز 1988، النشرة المدنية، III، رقم 125، صفحة 69؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 217، ملاحظة M. PÉDAMON.

يؤدي إلى اتخاذ صفة ضامن تنفيذ العقد الجديد. وإذا ما فُجرنا في قواعد الكفالة نكون مجبرين عندئذ على التحقق من أن هذه الكفالة لا تفترض افتراضاً ويجب أن تكون صريحة (المادة 2015 من القانون المدني)، وليس ثمة أي سبب أمر لاعتبار أن «المتنازل» يضمن، بهذه الصفة أو تلك، تنفيذ العقد الجديد. غير أن المحال عليه، عندما لا يكون المتنازل محرراً تجاهه، يمكن أن يمتلك دعوى تنفيذ في حال تخلف المتنازل له، وإنما على أساس العقد المدعى «التنازل» عنه وحده.

706 - يبين هذا النهج في التصدي للمسألة، ولو كان مضبوطاً، وينبغي تحليله خارج أي فكرة نقل، أن مفهوم «التنازل عن العقد» ينمي مفاهيم أصلية ليست مجردة من الفوائد.

«التنازل الاتفاقي عن العقد»، المفهوم بأنه يحمل إنشاء عقد جديد، موضوعه ومبنيه مماثلان للقديم، يصون مصالح كل فريق في العملية. وبالفعل ليس ثمة تضحية «بالمحال عليه» على الإطلاق طالما أن رضا مطلوب، ولا يرى نفسه قد فرض عليه متعاقد آخر. والمحال عليه، يمكن، على وجه الخصوص، أن يتحرر إثمًا منذ إبرام العقد، في حالة التجديد أو التباين المتبادل، وإثماً عند حلول الأجل، ولا يتناقم وضعه بإبرام العملية: عندما لا يتحرر فوراً وفي حال عدم تنفيذ «المتنازل له» يكون ملزماً فقط بتنفيذ الموجبات التي قبل سابقاً الاضطلاع بها، حتى بتنفيذ قسم متبقي إذا كان «المتنازل له» قد نفذ العقد الجديد خلال زمن معين، وله كل النفع في العملية طالما أنه يتعاقد مباشرة مع «المحال عليه»، فيستفيد هكئذا من قاعدة لاحجية الدفع. وفي هذه الحالات منفعة «تنازل اتفاقي حقيقي عن العقد»، بدون إنشاء عقد جديد، تكون أقل بداهة.

III - مصير الضمانات المرتبطة بالعقد «المتنازل عنه»

707 - تطبيق مبدأ المفعول النسبي للعقد أيضاً.

ينبغي تسوية وضع الضامين بسهولة، من حيث المبدأ، تطبيقاً لمبدأ نسبية الاتفاقيات. فالضمانات المرتبطة بالعقد «المتنازل عنه» لا تنتقل إلى العقد الجديد. وهي لا تضمن التعهدات الجديدة، سواء أكانت عينية أو شخصية، عدا إبداء إرادة معاكسة وذلك لمجرد تطبيق المبادئ العامة لقانون الموجبات والتعبير عنها موجود في المادة 1278 من القانون المدني المتعلقة بالامتيازات والرهونات العقارية. فليس بإمكان المتنازل له إذاً أن يستفيد منها وكذلك المحال عليه. بيد أنه يجب قبول عدم إمكانية التحرر إلا بتنفيذ العقد الجديد طالما أن العقد الأولي لا ينقضي إلا بتنفيذ الاتفاقية الجديدة.

بيد أنه يقتضي البيان، إذا كان الفرقاء قد قرروا الانقضاء القوري للعقد «المتنازل عنه»، أنه ليس ثمة شك في أن الضامين يكونون محررين فوراً ولو تبين أن تنفيذ العقد الجديد مشوب بالعيب. ويكون المفعول هنا مماثل لمفعول التجديد (المادة 1281، الفقرة 2، من القانون المدني)، وبإمكان الضامين التمسك بالعملية التي ليسوا فرقاء فيها عملاً بمبدأ

الحجة⁽¹⁾. وليس هناك أخيراً أي نص قانوني يتعارض مع أن يخضع الفرقاء التنازل لتعهد الشركاء في الدين أو كفلاء ضمان العقد الجديد. وهكذا يمكن تطبيق المادة 1281، الفقرة 2، من القانون المدني.

708 - الخلاصة، إذا أردنا الاعتقاد أن «التنازل الاتفاقي عن العقد» غير قابل للتحقيق في الحقيقة في حالة القانون الوضعي إذ يصطدم بالمبادئ الأكثر تأكيداً لقانون الموجبات، أنه يبدو أيضاً أن توافق الإرادات ذات الموضوع المعلن عنه على هذا النحو يمكن أن ينتج مفاعيل أخرى إلا أنها تبعد جداً عن المفاعيل التي يمكن أن ينتجها تنازل حقيقي يمكن أن ينص القانون عليه.

(1) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 تشرين الأول 1991؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة I، G، 3570، صفحة 148 وصفحة 149، ملاحظة M. BILLIAU، D.S.1993، صفحة 181، تعليق J. GHESTIN؛ مجلة الاجتهاد في القانون الإداري، 1982، رقم 6، صفحة 112؛ النشرة المدنية، IV، رقم 302، صفحة 209.

القسم 3

التنازلات القانونية عن العقود

709 - يؤدي التنازل القانوني وحده إلى توسيع قوته الملزمة

لا يمكن أن يتحقق التنازل الاتفاقي عن العقد بدون موافقة المحال عليه، وهذه الموافقة تولد عقداً جديداً يربطه بالتنازل له، ولا تولد الإلالية الموصوفة توسعاً للقوة الملزمة للعقد تجاه الغير.

والأمر على هذا النحو في عدد من الأوضاع ينظم فيها المشتري تنازلاً مزعوماً عن العقد: بما أن موافقة المحال عليه مطلوبة يتعذر الكلام على توسيع القوة الملزمة للعقد وإنما على العقد الجديد.

وفي الأحوال التي لا يكون فيها رضا المحال عليه مطلوباً غالباً ما يتعلق الأمر بعمليات يمكن الشك فيها في طبيعة التنازل العقدية عندما يكون المقصود بشكل أساسي الانضمام إلى نظام ما، أي أن يكون التنازل قضائياً مما يجعل التعبير عن سلطان إرادة المحال عليه أقل ضرورة.

إذن يقبل المشتري في حالات قليلة جداً وجود تنازلات حقيقية عن العقود.

وغياب هذه المحظوة بالنسبة إلى التنازلات عن العقود يشهد عليها غموض المصطلح: إنه يستهدف في بعض الحالات استبدال المتعاقد، وفي حالات أخرى تنازلاً عن الحقوق، ولا يتكلم إلا استثنائياً في صدد الإيجار كما يتكلم على التنازل عن هذا العقد.

وقد قام جدال فقهي في صدد الطبيعة القانونية للشفعة والاسترداد⁽¹⁾، فبعضهم يعارض⁽²⁾ وصف «التنازل الجبري عن العقده» الذي قال به أحد المؤلفين⁽³⁾. ويدون الدخول

(1) انظر بالنسبة إلى المفهوم J. GHESTIN, *Traité des contrats*، تأليف J. GHESTIN et B. DESCHÈS، 1990، رقم 454 وما يليه.

(2) انظر Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع فيه، الطبعة الرابعة، ولاسيما رقم 798، صفحة 438.

(3) C. SAINT-ALARY-HOUIN، *Le droit de préemption*، منشورات L.G.D.J، 1978، مقدمة P. RAYNAUD، رقم 201 وما يليه.

في تفاصيل التحليل من المناسب التفريق بين حق الشفعة والاسترداد. فحق الشفعة لا يبدو أنه يجب أن يحقق تنازلاً عن العقد للسبب البسيط بأن ممارسة الشفعة سابقة للبيع: لا نرى كيف يمكن لأحدهم، وهو غير متعاقد، أن يتنازل عن عقد لم يتكون بعد، وواقع أن العقد الذي يجب إبرامه بين حائز حق الشفعة والمالك مماثل للعقد الذي يقتضي إبرامه لا يكفي لوصف العملية «بالتنازل»⁽¹⁾. والوضع مختلف في ما يختص بالاسترداد، ذلك بأن الاسترداد يجري بعد البيع. بيد أن الزوال الرجعي للعقد المبرم بين البائع والمشتري منه يبدو متعارضاً مع التنازل، ذلك بأنه من الصعب تصور عقد مفترض أنه لم يوجد أبداً يمكن التنازل عنه⁽²⁾. يضاف إلى ذلك أن عملية الاسترداد، إذا وجد المشتري منه - المتنازل عنه نفسه أنه مفروض عليه مفادرة «المسرح العقدي»، لا تتيج له ذلك إلا بشكل آمر طالما أنه يبقى ملزماً تجاه البائع المحال عليه وبإمكانه فقط الرجوع على المشتري (لا يمكن إذاً الكلام إلا على تنازل داخلي من مفاعيل العقد).

710 - بما أن انضمام المتنازل المطلوب فإن عقداً جديداً هو الذي يتكوّن.

تكوين العقد متروك لاستنساب شخص المحال عليه. وهكذا يتم رفض التنازل عن الإيجار لمستأجر مكان لاستعمال سكني عملاً بالمادة 8 من قانون 6 تموز 1989، وهو غير مسموح به إلا بموافقة خطية من المورج (ثمة قاعدة مماثلة واردة في المادة 78 من قانون أول أيلول 1948). وفي مادة التنشيط العقاري، «لا يستطيع المنشط أن يستبدل نفسه بالغير في تنفيذ الموجبات التي تعاقدها عليها تجاه صاحب العمل بدون موافقته» (المادة 1831. 3، الفقرة 3، من القانون المدني).

وتنص المادة 10-12L من قانون التأمينات على حالة تنازل جبري وفيها يكون رضا المحال عليه مفترضاً وحسب. وبالفعل، إذا كانت تنص على «أن التأمين، في حال وفاة المؤمن أو تلف الشيء المؤمن، فإن التأمين يستمر بقوة القانون لصالح الوريث أو مكتسب الملكية، على أن ينفذ هذا المكتسب جميع الموجبات التي كان المؤمن ملزماً بها تجاه المؤمن استناداً إلى العقد»، وهي تحتفظ للمؤمن (المحال عليه) وللوريث ومكتسب الملكية (المتنازل لهما) بحق فسخ العقد.

والوضع أخيراً هو خاص في مادة الملكية الأدبية. فالمادة 132-16L من قانون الملكية الأدبية والفنية تمنع الناشر بالفعل «نقل (...) فائدة عقد النشر إلى الغير بالاستقلال عن مؤسسته التجارية، بدون أن يكون قد حصل مسبقاً على إذن المؤلف». وموافقة المحال عليه

(1) أخذت السيدة SAINT-ALARY-HOUIN، بصورة تناقضية، بأن «حق الشفعة، عندما يمارس، تكون نتيجة إبرام عقد جديد بين سائزو والمالك» (المرجع عنه رقم 21، صفحة 18).

(2) قارن بـ: SAINT-ALARY-HOUIN، C. المرجع عنه، رقم 231، الصفحات 204 إلى 206، الأخذ، في صدد حق الشفعة، بأن الرجعة لا تمنع أن يستمر موضوع العقد وكيافته بين المتعاقدين الجدد. إن ذاتية كهل لا تكفي مع ذلك للأخذ بأن الأمر يتعلق بالعقد ذاته.

مطلوبة طبيعياً - مما يتيح تكوين عقد جديد -، ما عدا الحالة التي يشكل التنازل فيها تابع نقل المال⁽¹⁾، وفي هذه الحالة ينشئ القانون تنازلاً عن العقد يؤدي إلى اعتداد قوة العقد الملزمة تجاه الغير.

إن الأمر يتعلق بالفعل بامتداد مزدوج لقوة العقد الملزمة. فمن جهة أولى امتداد عقد التنازل (المبرم بين المتنازل والمتنازل له) تجاه المحال عليه عندما لا يكون رضاه مطلوباً. ومن جهة ثانية امتداد العقد المتنازل عنه (المبرم بين المتنازل والمحال عليه) تجاه المتنازل له عندما لا يكون هذا الأخير الذي لم يبرم سوى عقد التنازل مع المتنازل فريقياً متعاقداً مع المحال عليه ما دام أن موافقة المتنازل غير مكترث لها.

بيد أن الأمر يتعلق بحالة حدية، قرضاً المحال عليه (المؤلف)، بسبب النظام الأمر للملكية الأدبية، يمثل بالفعل أهمية أقل، عندما تكون مصالحه محمية بطريقة مماثلة أيًا كان شخص شريكه في التعاقد.

711 - لا أهمية تذكر لرضا المحال عليه عندما يُقرض نظام قانوني على المتعاقدين.

يمكن التساؤل، في أوضاع عديدة، عما إذا كان التنازل عن العقد مسموحاً به قانوناً، بالضبط في أوضاع تجعل المحال عليه، أيًا كانت إرادته، يتخضع من نظام حماية رسمي.

والأمر على هذا النحو في شأن عقد العمل. وهكذا تنص المادة L.12-122 الشهيرة من قانون العمل على استمرار عقود العمل رغماً عن تعديل الوضع القانوني للمستخدم⁽²⁾. وهذا النص هو التالي: «إذا حصل تعديل في الوضع القانوني للمستخدم، ولا سيما عن طريق الخلافة، أو البيع، أو الاندماج، أو نقل المؤسسة، أو الوضع في شركة، تستمر عقود العمل جميعاً النافذة في يوم التعديل بين المستخدم الجديد وجهاز موظفي المؤسسة».

وهذا التنازل ينتج مبدئياً مفاهيل هامة طالما أن المستخدم الجديد ملزم تجاه الأجراء بموجبات كانت على عاتق المستخدم القديم قبل التعديل. على أنه تقتضي الملاحظة أن ثمة وضعاً خاصاً عندما يتم التنازل عن المؤسسة تطبيقاً لأحكام قانون 25 كانون الثاني 1985. وتنص المادة L.12-122 من قانون العمل على أن المستخدم الجديد في هذه الحالة ليس ملزماً تجاه الأجراء بموجبات المستخدم القديم. وينتج عن ذلك أن تعويض الإجازات المدفوعة المتوجبة للأجير عن الحقبة السابقة للتنازل تبقى متوجبة على المستخدم القديم⁽³⁾.

وتحتفظ المادة L.1-324 من قانون التأمينات، في مجال التأمين، لمؤسسات التأمين،

(1) انظر Cl. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique en droits voisins* الطبعة الخامسة، رقم 361 وما يليه.

(2) G. COUTURIER, *Droit du travail*، الجزء I، علاقات العمل الفردية، منشورات P.U.F، الطبعة الثانية، 1993، رقم 228 وما يليه.

(3) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 7 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، V، رقم 498، صفحة 316.

(وقائلتها واردة في المادة 310-1 L.) بإمكانية «نقل حقية عقودها كلياً أو جزئياً، مع حقوقها وواجباتها، إلى مؤسسة أو مؤسسات معتمدة»، مع مراعاة «موافقة السلطة الإدارية»⁽¹⁾. وليست مراقبة المؤتمنين (المحال عليهم) ضرورة هنا عندما يستمرون في الإفادة من نظام الحماية.

والتنازلات، بالطريقة عينها، مقبولة بدون أن يكون من الواجب أن يعطي المحال عليه موافقته ما دام أنه، أيّاً كان المتعاقد معه، يجد نفسه قد فرض عليه نظام معين.

وهكذا تنص المادة 1743 من القانون المدني على أن «مكتسب الملكية، إذا باع المؤجر الشيء المؤجر، ليس بإمكانه طرد المزارع، المزارع بالمحاصة أو المستأجر، الذي في حوزته إيجار رسمي أو ذو تاريخ أكيد». على أن الفقرة الثانية من النص تضيف: «على أن بإمكانه طرد مستأجر المال غير الريفي إذا احتفظ بهذا الحق في عقد الإيجار». إن إمكانية عدم متابعة العقد، أي رفض التنازل الجبري، تستقيم هنا عندما يكون لمة إحساس بأن نظام حماية المحال عليه (المستأجر) أمر بدرجة أقل (خارج المجال الريفي).

وفي مادة الإيجار دائماً تنظم المادة 9 من قانون 6 تموز 1989 تبادل المساكن بين «المستأجرين اللذين يشغلان مسكنين عائلتين إلى المالك نفسه وكائنين في مجموعة عقارية واحدة» وتنص على أن «كل مستأجر، في العقود النافذة، يحل بقوة القانون محل الذي يخلفه ولا يمكن أن يعتبر داخلاً جديداً» وتحدد هكذا تنازلاً متبادلاً في العقود يفرض على المؤجر⁽²⁾.

وتعلن المادة 35 - 1 من مرسوم 30 أيلول 1953، المتعلق بالإيجارات للاستعمال التجاري، في مادة الإيجار التجاري «أن الاتفاقيات، أيّاً كان شكلها، التي تنزع إلى منع المستأجر من التنازل عن إيجاره باطلة». وبالفعل، أيّاً كان المستأجر (التنازل له) يجب على المؤجر (المحال عليه) أن يخضع للقواعد الأمرة ذاتها التي تحدد نظام الملكية التجارية. فليست موافقته لا غنى عنها إذن.

وفي مجال البناء العقاري تجيز المادة 1601 - 4 من القانون المدني لمكتسب ملكية عقار للبناء أن يتنازل عن الحقوق التي يستمدّها من العقد، ذلك بأن التنازل له مستبدل بقوة القانون «في موجبات مكتسب الملكية تجاه البائع». وعلى المحال عليه، هنا أيضاً، أيّاً كان

(1) يملك المؤتمنون مهلة شهر اختياراً من النشر في الجريدة الرسمية للإخطار بطلب النقل لفسخ عقودهم والمصادقة على هذه العملية، غسن هذا التحفظ، من قبل السلطة الإدارية «تجمل النقل محتجاً به تجاه المؤتمنين، المكتسبين أو المستفيدين من العقود، وتجاه الدائنين» (المادة 324-1 L، الفقرة 3، من القانون المدني).

(2) انظر حول النقاش المتعلق بالمادة 78 من قانون أول أيلول 1948، حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 22 تشرين الثاني 1957، D.1958، صفحة 115، تعليق R. DESIRY، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1958، صفحة 268، رقم 3، ملاحظة J. CARBONNIER، وملك Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 115، صفحة 283 وما يليها.

الشخص المتعاقد معه، أن يخضع للقواعد المكررة لبيع العقار المعد للبناء.

ومن البلديهي أن تعطي المادة 1717 من القانون المدني المستأجر حق التنازل عن إيجاره لأخر إذا لم تكن هذه الإمكانية ممنوعة عليه كلياً أو جزئياً. وفي مادة الإيجار من القانون العام ليس ثمة أي نظام. على أنه يمكن التساؤل عما إذا كان هذا «التنازل» يستفيد من رضا الموجر (المحال عليه) الضمني ما دام إنه لم يعترض عليه في عقد الإيجار، والمادة 1717 تنص في هذه الحالة إنشاء عقد جديد.

ثمة شك من النموذج عنه في ما يتعلق بالمادة 1831 - 3، الفقرة الأولى، من القانون المدني. كانت تنص قبل تعديلها بقانون 11 تموز 1972 على ما يلي: «إذا تنازل صاحب العمل، قبل إنجاز البرنامج، عن الحقوق التي له على هذا البرنامج، يحل المتنازل له محله بقوة القانون، إيجابياً وسلبياً، في مجمل العقد». وهكذا كان القانون يفرض بصورة آسرة امتداد التنازل الذي بقي عملاً إرادياً. بيد أن قانون 11 تموز 1972 أضاف أن «التنازل هو ضامن تنفيذ الموجبات الملقاة على هاتق صاحب العمل بموجب العقد المتنازل عنه». وإذا بقي المتنازل ضامناً فلا يمكن القول إن تنازلاً رسمياً قد حصل.

كما أنه من غير الأكيد أن المادة 51 من قانون 30 كانون الأول 1957 التي تنص، في مادة عقد التنازل العقاري، على أن «التنازل له بإمكانه التنازل كلياً أو جزئياً عن حقوقه للغير»، قد نظمت تنازلاً عن العقد. وبالفعل لا يُسند المشرع إلى التنازل عن «عقد الامتياز» (في حين أنه يستهدف، في الفرضيات الأخرى، للتنازل عن العقد، عقد «الإيجار») ولا إلى نقل المرجيات⁽¹⁾.

712 - يمكن التنازل عن العقد بموافقة القاضي.

يقبل المشرع، في بعض الأوضاع أخيراً، التنازل عن العقد؛ غير أن حكم القاضي عندئذ هو الذي يحل محل رضا المحال عليه.

وهكذا يمنع على المستأجر التنازل عن عقد إيجار ريفي عدا أن «يكون التنازل قد تم (...) لصالح زوج المستأجر المشارك في الاستثمار أو خروج المستأجر الذي بلغ من الرشد أو المحور»، إذا كان هذا التنازل قد أقرت بموافقة الموجر، وإلا أن تكون المحكمة المتساوية التمثيل قد أذنت به (L.35-411 من القانون الريفي). والتنازل في إحدى الحالات يكون مقبولاً من المحال عليه (الموجر) مما يولد عقداً جديداً، وفي حالة ثانية يحل القاضي محل الموجر.

وأخيراً تنص المادة 86 من قانون 25 كانون الثاني 1985 المتعلق بإصلاح قانون الإجراءات الجماعية، على أن إلحکم الذي يقرر برنامج التنازل عن المؤسسة يحمل تنازلاً

(1) استنتج الفقه أن المتنازل له يبقى ملزماً بمرجيات صاحب الامتياز تجاه المحال عليه؛ انظر - R. SAINT-ALARY، فهرس القانون المدني، ٧ الامتياز العقاري، رقم 33 والإماتات المشهده بها.

عن عقود البيع في صورة إيجار أو الإجارة أو توريد الأموال أو الخدمات التي يراها القاضي ضرورة للحفاظ على النشاط. أن تفرغاً كهذا عن العقد يمكن أن يبدو كتابع للتنازل عن المؤسسة، ذلك بأن بقاء هذه المؤسسة مرتبط بشكل حميم بنقل تلك العقود⁽¹⁾. والقاضي يغلب هنا بقاء المؤسسة على مصالح المحال عليه.

بيد أن مجال التنازل القضائي ليس سهل التحديد. وهكذا جرى التساؤل عما إذا كان بعض العقود، ومنها العقود بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، يجب أن تستبعد من حقل تطبيق المادة 86، إن الاجتهاد غير حستقر بعد حول هذه النقطة⁽²⁾.

فقد كانت لمحكمة النقض مناسبة تحديد طبيعة هذا التنازل الأخير في حكم مهم بتاريخ 12 تشرين الأول 1993⁽³⁾. وكان الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان مصير الكفلاء الذين ضمنوا المطالبات السابقة للتنازل، هل كانوا محررين أم لا؟ وكان الكفلاء الذين أداؤهم قضاء الأساس قد قدموا طعناً للنقض بالتمسك (الفرع الأول من سبب التسوية) بأن القضاة لم يكن بإمكانهم إجبار الكفيل على إبقاء تعهده لمصالح المستفيد لأن المدين الأصلي، بمفعول التنازل القضائي الجبري من عقد القرض، يتوقف عن أن يكون ملزماً بتسديد القرض، إذ يتعلق الأمر بحالة تجديد قضائي جبري تحرر الكفيل استناداً إلى المادة 1281 من القانون المدني. وقد تم رد هذه البرهنة بالحجة التالية: «إن العقود التي أمرت المحكمة بالتنازل عنها يجب، استناداً إلى إعادة 86، الفقرة 3، من قانون 25 كانون الثاني 1985، رغمًا عن أي بند مخالف، أن تنفذ ضمن الشروط السارية في يوم افتتاح التقويم القضائي، وأنه ينتج عن هذا النص أن التنازل عن العقود المبرمة استناداً إلى حكم المحكمة وليس إلى إرادة الفرقاء لا يؤدي إلى انقضاء الموجب الموجود سابقاً واستبدال مرجب جديد كان بدلاً عن الموجب القديم به، إذ ليس ثمة أي مفعول تجديدي مرتبط هكذا بالعملية». كما بينت المحكمة أيضاً «العقد الذي يخلف المستفيد، في تنفيذه، المدين موضوع التقويم القضائي» هو «هذا العقد ذاته الذي كان يربط المتعاقد المحال عليه بالمدين». لا يمكن أن يكون ثمة وضوح أكثر من

(1) انظر حول المسألة D. FABIANI, La cession judiciaire des contrats منشورات جامعة نيس، 1990، مقدمة F. DERRIDA، ولا سيما رقم 19 وما يليه. انظر حول الصيغة الجديدة للمادة 61 من قانون 11 آذار 1957 التالية لإصلاح 26 تموز 1986، CL. COLOMBET، المرجع عنه، رقم 354، صفحة 349.

(2) انظر Ch. JAMIN، تعليق على حكم محكمة استئناف باريس، 15 كانون الأول 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، I.G، الطبعة، 22205.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 333، صفحة 1240 مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة I.G، 3744، ملاحظة M. BILLIAU مصنف الاجتهادات الدوري 1994، الطبعة I.G، 3759، صفحة 203 وصفحة 204، ملاحظة Ph. PÉTEL و M. CABRILLAC، اللذين يتساءلان حول تسوية تحرير الكفيل بالنسبة إلى الفترة اللاحقة للتنازل، D.S. 1994، صفحة 353، تعليق O. PLAYOUST، وكذلك M. PASTUREL، La jurisprudence de la Cour de cassation relative avec solutions de la procédure de redressement judiciaire، تقرير محكمة النقض، 1993، صفحة 77 وصفحة 78.

هذا الموضوع. وينبغي، فضلاً عن ذلك، أن يشار إلى غنى هذا التعليل الذي يتضمن حدود الاستدلال ونواحيه بدون إيراد قاعدة بفظاظة بدون تسوية.

إذن لا يوجد هنا إنشاء عقد جديد وإنما تنازل حقيقي، أي استبدال متعاقد جديد في الوقت نفسه.

الفصل الثالث

الدعوى المباشرة

713 - نيج الدھوی الباصرة امتداد قوۃ العقد الملزمۃ .

إنها إرالية تسمح للغير بالمطالبة ببعض مفاعيل قوة العقد الملزمة⁽¹⁾، بدون تكون تطبيق لمبدأ الحجية، عندما لا تكون على الإطلاق الدعم الضروري لفعالية العقد. وهذا العبء الذي أثار دراسات فقهاء عديدة⁽²⁾ تلقى تسمية الدعوى المباشرة، غير المجردة من اللبس⁽³⁾. وإنما كرسها العرف.

ويمكن، في تفضيل أول، بيان أن الدعوى المباشرة تتيح للدائن أن يصل، باسمه الشخصي ولحسابه، إلى الذمة المالية للمدين مدينه في حين أنه ليس ثمة أي رباط قانوني يربط بينهما⁽⁴⁾.

(1) انظر G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui* باريس، 1950، رقم 143، صفحة 191 و صفحة 192.

(2) للاقتصار على إيراد الأطروحات الأحداث انظر
 H. SOLUS, L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798 et 1794 du - 1903, في باريس,
 R. DEBRAY, Privilèges sur les créances et actions -, 1914, Code civil
 M. ... 1928, أطروحة في باريس
 A. PONSARD, COZIAN, l'action directe
 M. ... 1969, منشورات L.G.D.J., GHESTIN, l'action directe
 Ch. JAMIN, La notion d'action directe
 L'action directe; Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur: V, (1993)
 L'action directe en droit français, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco -
 belge, بإدارة M. FONTAINE, GHESTIN, منشورات L.G.D.J., 1982, تبليغ 263 وما يليها.

(3) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 22، صفحة 15، الذي يبين أن التعبير يعود إلى حقبة كان يجري فيها الخلط الإرادي بين الرضا والدعوى التي لا تكن سوى بدء العمل. وبالحال أن هذه الدعوى لم تعد اليوم كافية بدء المسلسل بالنظر في سلطة التوجيه إلى التقاضي (انظر الفقرة 30 من القانون الجديد للإجراء المدني). ومن المقلبي أكثر الكلام على «حق مباشر». انظر في الاتجاه عنه G. MARTY, P. RAYNAUD، الجزء 1، النظام، منشورات Sirey، الطبعة الثانية، 1989، رقم 156، صفحة 140.

(4) انظر R. DEBRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 55، J. M. AUSSEL، *Essai sur la notion de*.

وبما أن المدين الوسيط (المدين المباشر للدائن حائز الدعوى المباشرة) والمدين الفرعي (المدين المباشر للدائن وهو بالنسبة إليه المدين الوسيط) مرتبطان بعقد، فإن الدعوى المباشرة تتيح لحائزها (وهو ما نسميه الدائن) الذي هو الغير بالنسبة إليه الإفادة من بعض المفاعيل الملزمة الناجمة عنها⁽¹⁾.

وعلى سبيل المثال بإمكان العامل، ضمن الشروط المحددة في المادة 1798 من القانون المدني⁽²⁾، والمقاول من الباطن، على أساس أحكام قانون 31 كانون الأول 1975⁽³⁾، أن يفرض على صاحب العمل، باسمهما الشخصي ولحسابهما، دفع تكاليف الأشغال التي قاما بها لصالح المقاول الأصلي. كما أن مكتسب الملكية الثاني لمتزوج منقول يمكنه الإفادة باسمه الشخصي ولحسابه من ضمان نزح اليد أو العيوب الخفية تجاه البائع السابق الذي لم يتعاقد معه⁽⁴⁾.

وتثير الدعوى المباشرة، التي تبدو أنها تصطدم بمبدأ المفعول النسبي للعقود المؤكد في المادة 1165 من القانون المدني، فوراً مسألة علة وجودها وأساسها القانوني، لماذا يستطيع حائزها الإفادة من بعض مظاهر قوة العقد الملزمة وكيف يمكنه ذلك في حين يبقى غيراً بالنسبة إلى هذا العقد؟ إن فحاسة هذه المسألة التي أدت إلى جدال حاد تشكل السابق الضروري لتحديد مفهوم الدعوى المباشرة مع مجازفة البقاء في تعريف لا يعين مفاعيلها بدقة. وبعد ذلك فقط يصبح من الممكن دراسة مظاهرها في القانون الوضعي قبل تحديد نظامها العام.

= *liens en droit civil français*، أطروحة في مونيخ، 1951، رقم 304، صفحة 302.

(1) بعض الدعاوى المباشرة مقبول في حين أن المدين الفرعي والمدين الوسيط تجمعهما علاقة موجب مستعجلة من أي عقد؛ وليس الأمر على هذا النحو، على سبيل المثال، بالنسبة إلى الدعوى المباشرة التي يحوزها، ضمن الشروط المحددة في المادة 899 من القانون الجديد للإجراء المدني، السحامون والوكلاء لكي يحصلوا، من الفريق الخاسر، المصاريف التي سألوها بدون استيفاء مقابل الوفاء.

(2) انظر الرقم 962 اللاحق.

(3) انظر الرقم 790 اللاحق وما يليه.

(4) انظر الرقم 793 اللاحق وما يليه.

القسم 1

مفهوم الدعوى المباشرة

714 - للدعوى المباشرة المتناقضة مع مبادئ نسبة الاتفاقيات والمساواة بين الدائنين أساس غامض.

يأخذ قسم كبير من الفقه المعاصر المرتكز على تحليل السيد Cozian⁽¹⁾ أيضاً بأن الدعوى المباشرة التي تماثل بالدعوى المباشرة للإبقاء وحدها⁽²⁾ ليس لها سوى أساس قانوني⁽³⁾ عندما تشكل استثناء لمبادئ نسبة الاتفاقيات والمساواة بين الدائنين وكذلك في القانون للعالم للدعوى غير المباشرة (oblique).

إن الدعوى المباشرة، إذ تتيح للدائن أن يصل مباشرة إلى ذمة المدين الفرعي المالية بدون مرور ديثه عبر ذمة المدين الوسيط العادية خلافاً لأحكام المادة 1166 من القانون المدني، تجنب أي اشتراك بين دائني هذا المدين الوسيط وهكذا يتمتع حائزها بحق تفضيل

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما رقم 59 وما يليه.

(2) انظر الرقم 727 اللاحق حول أسباب هذه المسألة.

(3) انظر بين المؤلفات العامة B. STARCK, Obligations, 3، النظام العام، منشورات Larc، الطبعة الرابعة، 1992، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 547، صفحة 311 J. FLOUR et J. LAUBERT. الطبعة الخامسة، 1991، تأليف J.-L. AUBERT، رقم 454، صفحة 366 H. - L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil. الجزء II، المجلد الأول، الموجبات - النظرية العامة، منشورات Monichrétien، الطبعة الثالثة، 1991، تأليف P. CHABAS، رقم 802، صفحة 925 A. RENABENT, Les obligations. منشورات Mon chrétien، الطبعة الثالثة، 1991، رقم 222، صفحة 118 G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه؛ تارن بـ Les obligations، تأليف F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER، الموسومة Dalloz، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 1080، صفحة 825 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، Cours de droit civil، الجزء VI، الموجبات، منشورات Cujas، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 1044، صفحة 594 Ch. LARROUMET, Droit civil، الجزء III، الموجبات - العقد، منشورات Economica، الطبعة الثانية، 1990، رقم 795، صفحة 867، وما يليها، وهو لا يعترف بأساس قانوني إلا للدعوى المباشرة إلاحادية الجانب وحدها.

يشذ عن أحكام المادة 2093 من القانون المدني التي تحدد مبدأ المساواة بين الدائنين. كما أن الدائن الذي يقاضي المدين الفرعي مباشرة يتسكك تجاهه بخصوص العقد الذي لم يشارك مطلقاً في تكوينه وهي تخالف القاعدة العامة المحددة في المادة 1165 من القانون المدني.

على أن بعض الأعمال الحديثة بينت أن قبول الدعوى المباشرة كان مستمداً من عمل اجتهادي جريء أكثر مما هي ستمدة من إرادة المشرع⁽¹⁾ إلى درجة أن واضعي تقرير محكمة النقض لعام 1988 قبلوا «بالاستقلال عن الأحكام التي تنص على الدعوى المباشرة»، أن الاجتهاد ساهم في إنشاء بعض الدعاوى المباشرة استناداً، كما أشاروا إلى ذلك، إلى ضيق رباط التلازم الذي يجمع بين الدين (له) لحائز الدعوى والدين (له) للمدين⁽²⁾.

إن تردداً كهذا بالنسبة إلى دوري القانون والاجتهاد في إعداد مفهوم الدعوى المباشرة⁽³⁾ وكذلك التساؤل الذي يثيره الاعتراف بالدعوى المباشرة رغمًا عن المبادئ القانونية للمساواة بين الدائنين، يفرضان استعادة التحليل التاريخي للإلزامية قبل تحديد طبيعتها القانونية.

الفقرة 1 - ظهور الدعوى المباشرة وانتشارها

715 - تبنى الفقه المدني على التوالي ثلاثة مواقف تحدد ثلاث مراحل بغير اتفاق وتفسر بروز الدعوى المباشرة وانتشارها.

I - النظرية التفسيرية للدعوى المباشرة

716 - سنرى أولاً، بعد أن يبين الشروط التي تقبل فيها الدعوى المباشرة، كيف سوّغ الاجتهاد هذا القبول ثم لأي أسباب تم رد التوسيع المقدم تدريجاً.

1 - قبول الدعوى المباشرة.

717 - الاعتراف الأولي بالدعوى المباشرة.

مع أن المظاهر الاجتهادية الأولى للدعوى المباشرة من الصعب تأريخها بدقة، ولاسيما تلك التي تتناول مصاريف وكيل الفريق الرابع في شأن الدعوى ضد الفريق الخامس⁽⁴⁾، فهي تعود إلى حقبة سابقة لقانون الإجراء المدني.

(1) J.-M. MOUSSERON، مقدمة L.G.D.J.، منشورات B. TEYSSIE، Les groupes de contrats رقم 476، وما يليه. J. NERET، Le sous-contrat، منشورات L.G.D.J.، 1979، مقالة P. CATALA، رقم 433، صفحة 313. وكذلك بالنسبة إلى دعوى الضحية المباشرة للإيفاء ضد المؤمن، المسؤولية: مفاعيلها، رقم 414، صفحة 536.

(2) تقرير محكمة النقض، 1988، صفحة 227 وما يليها، رقم 5.

(3) انظر بصورة خاصة Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عنه.

(4) MERLIN، Répertoire universel et raisonné de jurisprudence، الجزء III، الطبعة الرابعة، 1812، =

وبالمقابل يبدو من الثابت⁽¹⁾ أن المفهمة الفقهية للإلالية وجدت مصدرها بريشة Duranton الذي كتب في عام 1820، بعد أن استشهد على سبيل المثال بالمواد 1753 و1798 و1994 من القانون المدني وكذلك بدعوى المودع ضد الوديع الفرعي لاسترداد الوديعة، «إمكان الدائن، في بعض الحالات، أن يقاضي، باسمه ضد الغير، مدين المدين المحجوز لديه، ولدعواه المنعول ذاته كما لو كانت ناشئة مباشرة عن عقد بينه وبين الغير المحجوز لديه»⁽²⁾.

718 - ليس منشا الدعاوى المباشرة المقبولة في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين قانونياً حصراً.

وهكذا، كما بين على نحو رائع Solus⁽³⁾، لم يكن موضوع مختلف المواد التي استشهد بها Duranton إنشاء دعوى مباشرة للإيفاء قبلها الاجتهاد مع ذلك لاحقاً.

وقد نتجت صيغة المادة 1753 التي لم تكن واردة في المشروع الأولي لمدرنة قوانين نابوليون عن نقاش أطال جدالاً سابقاً وتم في مجلس الدولة حول امتداد حق رهن المؤجر على المنقولات التي توثق الأماكن المؤجرة. وفي ذهن واضعها كانت المادة 1753 تشكل تحديداً لامتياز المؤجر على منقولات المستأجر من الباطن بمنع حجز ما للمدين لدى الغير أكثر من المبلغ الذي لم يسدده هذا المستأجر لشريكه في التعاقد⁽⁴⁾. ولم تر محكمة النقض في هذه المادة، التي فسرتها أولاً وفقاً لروحيتها⁽⁵⁾ بتأثير الرئيس Troplong⁽⁶⁾، دعوى مباشرة للإيفاء يمكن أن يمارسها المؤجر ضد المستأجر من الباطن لقسم من الإيجار الذي لم يسدده المستأجر⁽⁷⁾.

صفحة 729 وما يليها والإشارات العديدة المستشهد بها - DU ROUSSEAU DE LA COMBE, Recueil de la jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier, الجزء II، الطبعة الثالثة، 1756، صفحة 78.

(1) انظر H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 136، صفحة 165.

(2) Traité des contrats et des obligations en général، الجزء II، صفحة 34.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 115 وما يليه.

(4) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 17، صفحة 12.

(5) حكم غرفة العرائض، 2 نيسان 1806، والنقض المدني، 2 آب 1806 وقد استشهد بهما H. SOLUS، الأطروحة الآتية الذكر، رقم 137، صفحة 187 - النقض المدني، 26 شباط، 17 Sirey، 1، صفحة 420 وكذلك في discussions du code civil الأخير، الجزء III، الطبعة الثالثة، 1822، صفحة 389 وما يليها.

(6) أخذ هذا المؤلف قبل ذلك، في معزله De l'échange et du usage، الجزء II، 1840، رقم 538، صفحة 322، بأن المادة 1753 أنشأت دعوى مباشرة للإيفاء. انظر أيضاً: H. Solus، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 140 وما يليه، الذي يرى أن الفقهاء الذين كانوا أساس مفهوم الدعوى المباشرة أتاسرو بعد ذلك نجاح تحليلهم عندما كانوا أو أصبحوا مثل Troplong المسمى أول رئيس لمحكمة النقض في عام 1852) الممارسين المؤثرين.

(7) النقض المدني، 24 حزيران 1853، Dalloz الدوري، 53، 1، صفحة 1124، 1، صفحة 321 - 2 نوزو Sirey 1873، 1، صفحة 323 - 13 كانون الثاني 1892، S.92، 1، صفحة 89.

ونادراً ما قدمت الأعمال التحضيرية بياناً حول مدى المادة 1798. بيد أن صمت واضعي مدونة القانون نفسه يتيح التفكير⁽¹⁾ في أن نصها كان يعمم الحل الوارد في الإعلان الملكي في عام 1747 المتعلق ببناء السفن الذي يتيح للعمال الوصول إلى صاحب العمل عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير وفي حدود ما يتوجب عليه لهم. وإذا كان بعض أحكام قضاء الأساس يستوحي إعلان عام 1747 القبول أن المادة 1798 تنشئ دعوى غير مباشرة⁽²⁾، فقد تم القبول بسرعة كبيرة أن هذا النص لا يمكن أن يشكل تردداً غير مفيد للمادة 1186⁽³⁾ وينشئ دعوى مباشرة للإيفاء لصالح العامل الذي تمتع بها تعفيه من معاوضة حجر ما للمدين لدى الغير⁽⁴⁾.

أما نص الفقرة الثانية من المادة 1994 من القانون المدني فييدر⁽⁵⁾، بصورة أساسية بسبب عادات تلك الحقبة، أن استخدام تعبير «دعوى مباشرة» يحيل إلى دعوى الوكالة المباشرة في القانون الروماني⁽⁶⁾ حيث يندو الوكيل المستبدل الذي حل محل الوكيل مدين الموكل، وليس إلى الدعوى المباشرة كما جرى فهمها بعد ذلك. بيد أن الاجتهاد بعد نصف قرن من وضع القانون المدني رأى فيها دعوى الموكل المباشرة للإيفاء ضد الوكيل المستبدل مماثلة لدعوى المادتين 1753 و1798⁽⁷⁾.

(1) انظر H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 130، صفحة 124 رقم 123، صفحة 163، ويستشهد المؤلف بحكم المجلس التايي في باريس بتاريخ 19 كانون الأول 1781 الذي قضى بأن العمال، إذا أرادوا مقاضاة صاحب العمل، يشتركون مع دائي المقاول الأخيرين.

(2) حكم محكمة استئناف روان، 31 أيار 1826 وحكم محكمة استئناف كان 21 أيار 1827 اللذان استشهد بهما D. et A. DALLOZ, Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence، الجزء XVIII، 1850، V القانون البحري رقم 256 - 1 و 2 - حكم محكمة استئناف أميان، 10 نيسان 1839، D.P.40، 2، صفحة 41 - حكم محكمة استئناف تولوز، 5 شباط 1845، S. 45، 2، صفحة 279.

(3) انظر M. TROPLONG، المرجع عينه، الجزء III، 1840، رقم 1048، صفحة 258.

(4) انظر بالنسبة إلى الأحكام الأولى لمحكمة النقض، 13 نيسان 1833، S. 33، 2، صفحة 537 - حكم غرفة العرائض، 18 كانون الثاني 1854، Sirey 54، 1، صفحة 441 Dalloz الدوري 45، 1، صفحة 121 - النقض المدني، 11 حزيران 1861، Sirey 61، 1، صفحة 878 - 12 شباط 1866، Sirey 66، 1، صفحة 94 - 11 آذار 1867، Sirey 67، 1، صفحة 429. إضافة إلى: حكم محكمة استئناف Douai، 30 آذار 1833، Sirey 33، 2، صفحة 538 Dalloz الدوري 34، 2، صفحة 72.

(5) انظر H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 131، صفحة 177، الذي يستند إلى مقولة Tribunal Bertrand de Greuille التي استشهد بها FENET، في Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil، الجزء XIV، 1827، صفحة 609 وصقعة 810.

(6) GUYOT, Répertoire de jurisprudence، الجزء XXXVIII، 1780، V الوكالة، الذي يصرّف دعوى الوكالة المباشرة بأنها «الدعوى المباشرة التي يطلب فيها الموكل إدانة الوكيل الذي لم يقم، بدون سبب مشروع، بالمهمة التي أنيطت به، بالعلل والقرع التاجمين عن عدم تنفيذ تعهده».

(7) حكم محكمة العرائض، 20 نيسان 1859، Sirey 59، 1، صفحة 288 Dalloz الدوري 59، 1، صفحة 283 - النقض المدني، 22 آذار 1875، Ouloz الدوري 75، 1، صفحة 464 - أول كانون الأول 1896، Dalloz الدوري 97، 1، صفحة 561.

وأكثر من ذلك ليس للدعوى المباشرة الأخرى المقبولة خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين منشأ قانوني يحد.

ويبدو أن قضاء الأساس، إذ تحدد المادة 4 من قانون 9 نيسان 1898 نظام أخذ المستخدم على عاتقه النفقات الطبية والصيدلية التي تكبدها العامل، الذي جرت مراجعته أجاز للصيادلة والأطباء التوجه مباشرة إلى صاحب العمل لتسديد تسليفاتهم، إلى درجة أن المادة 4 الجديدة كما عدلها قانون 31 آذار 1905 التي تنص على أن «بإمكان الأطباء والصيادلة أو المؤسسات الاستشفائية مقاضاة صاحب المؤسسة مباشرة لأنها استعادت الاجتهاد القائم، جرى تبنيها بدون صعوبة»⁽¹⁾.

وقد نظم، في المادة الضريبية، مرسوم 5 - 18 آب 1791⁽²⁾ تجميد مبلغ الدين بين أيدي الوديعين العموميين للأموال حتى الدفع الكامل للضريبة من قبل حائز الدين، مع إعطاء هؤلاء الوديعين مجرد الإمكانية في أن يدفعوا مباشرة إلى الخزينة المبالغ التي كانت متوجبة لها ومع أنه لم تحدد أي قاعدة الطريقة التي تحجز الخزينة بموجبها المال الموجود في حوزة الوديع، فإن الاجتهاد أعطاهما، بدون أن يقول ذلك صراحة، الإفادة من دعوى مباشرة للإيفاء، لأن هذه الدعوى، بشكل أساسي، بدت الوسيلة الوحيدة لتجنب تجميد الدين ألبداً⁽³⁾.

وأخيراً إذا كان نص قانون 12 تشرين الثاني 1808 الذي يحدد من الأصل نظام إخطار الغير المدنيين⁽⁴⁾ يقترب من الإلالية السابقة فهو يختلف عنها من من جهة أولى بكونه لا يستهدف ودعي الأموال العمومية وحدهم، ومن جهة ثانية، بأنه لم يضع نظام تجميد الدين. كما أن الاستدلال المعتمد سابقاً تمعذر استعاداته وقبول دعوى مباشرة أصلية للإيفاء من قبل محكمة النقض⁽⁵⁾ أمكنه الاوتكاز على التباس تحرير النص وعلى الطابع المطلق للامتياز المعترف به للخزينة في تلك الحقبة وعلى اعتبارات من الانتظام العام كانت تمنع الجابي الاحتفاظ بالأموال لمدة طويلة جداً⁽⁶⁾.

غير أن غياب الطابع القانوني حصراً للدعوى المباشرة يظهر بصورة خاصة في مادة تأمين المسؤولية.

(1) انظر 1905D، IV، صفحة 107، التعليق 7. ينبغي بيان أن اقتراح تعديل يهدف إلى إضافة ما يلي إلى السادة الجديدة أو إذا كان ثمة تأمين، والمؤمن هو المحاسب شخصياً تجاه الصيدلي والطبيب لم يعرض على التصويت.

(2) نص هذا المرسوم الاشتراعي هو داخل اليوم في المادة 265L، من الجزء المتعلق بالإجراءات الضريبية.

(3) انظر CH. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 62، صفحة 45. أنه استدلال مماثل استخدمه الفقه والاجتهاد في مادة تأمين المسؤولية. انظر الرقم 724 اللاحق.

(4) نص هذا المرسوم الاشتراعي هو داخل اليوم في المادة 282 L من الجزء المتعلق بالإجراءات الضريبية.

(5) النقض المدني، 21 نيسان 1819، بربيات الجلسات، 1819، صفحة 270، طليات MOURRE.

(6) انظر CH. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 63، صفحة 46 وما يليها. أضف إلى ذلك: حول تاريخ الدعوى المباشرة في المادة الضريبية، R. FROEYER، Le privilège du Trésor en matière de contributions directes، أطروحة في باريس، 1934، رقم 112 وما يليه.

وقد طرحت في الربع الأخير من القرن التاسع عشر مسألة الاعتراف بدعوى مباشرة لكي يدفع الضرر للضحية ضد مؤمن المسؤولية مع حدة خاصة في مجالات التأمين ضد الحريق والتأمين ضد حوادث العمل.

ورغمًا عن المحاولات الفقهية والاجتهادية المعقدة التي تنزع إلى الاعتراف للضحية بإمكانية المقاضاة مباشرة للإيفاء ضد المؤمن في مجالات تأمين المخاطر الإجبارية والتأمين ضد الرجوع على الجيران، لم تقبل محكمة النقض بهذا التأمين قبل قانون 19 آذار 1899. وإذا اكتفت مادته الأولى بتنظيم تجريد الدين بين يدي المؤمن طالما لم يتم إرضاء الضحية، رفضت محكمة النقض في أول الأمر أن ترى فيها الاعتراف بدعوى مباشرة⁽¹⁾ قبل أن تعود إلى تحليلها في عام 1911⁽²⁾، ولو كان هذا الاعتراف ضمنيًا وهذا الحكم حسم جدالاً هامياً يتعلق بتقل احتمالي للاعتياز أو الرهن العقاري في شأن المال التالف إلى تعويض التأمين بإعطاء دائن الرهن العقاري أو صاحب الامتياز دعوى مباشرة للإيفاء ضد المؤمن.

وحت تزايد عود حوادث العمل في القرن التاسع عشر المستخدمين على الاكتتاب بما كان يسمى التأمين الجماعي المركب⁽³⁾ الذي يجمع بين تأمين تعويض أجاز قضاء الأساس في شأنه بدعوى مباشرة للإيفاء للعامل ضد شركات التأمين، وتأمين المسؤولية الذي لم يكن يجيز مطلقاً، حسب محكمة النقض⁽⁴⁾، ممارسة دعوى كهذه بسبب المفعول النسبي للاتفاقيات. وقد وضع قانون 9 نيسان 1898 الشهير الذي يلقي على عاتق رب العمل بقوة القانون مسؤولية سبب حوادث العمل التي تصيب عماله⁽⁵⁾ نهاية لهذا النظام واعترفت محكمة النقض⁽⁶⁾ بأن العامل بإمكانه ممارسة دعوى مباشرة للإيفاء ضد المؤمن استناداً إلى المادة 16 من قانون 31 آذار 1905⁽⁷⁾. بيد أنه يبدو مرة أخرى أن الحل المعتمد لم يكن سوى استعادة اجتهاد سابق تكوّن بين عامي 1898 و1905⁽⁸⁾.

- (1) النقض المدني، 5 كانون الأول 1899، Dalloz الدوري 1901، 1، صفحة 457، تعليق E. THALLER.
- (2) النقض المدني 12 تموز 1911، Dalloz الدوري 1912، 1، صفحة 81، تعليق M. PLANIOL، Sirey؛ 1915، 1، صفحة 145، تعليق E. NAQUET، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1912، صفحة 517، ملاحظة R. DEMQQUE.
- (3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 85 وما يليه.
- (4) النقض المدني، 23 تموز 1884، Dalloz، 85، 1، صفحة 168 - حكم غرفة المرافض، 9 كانون الثاني 1899، Sirey، 99، 1، صفحة 344.
- (5) انظر P. PIC Traité élémentaire de législation industrielle - Les lois - ouvrières، 1903، رقم 1036 وما يليه والإشادات المعقدة جداً المستشهد بها.
- (6) حكم غرفة المرافض، 19 تشرين الأول 1908 والنقض المدني، 5 كانون الثاني 1910، Dalloz الدوري 1910، 1، صفحة 57، تعليق P. DUPUICH.
- (7) كانت هذه المادة تنص على أن رئيس المحكمة يدعو الضحية والمؤمن إلى الحضور، لمحاولة التوفيق بينهما، والحكم الذي يحمده الدخول يعين أن المؤمن يستبدل برئيس المؤسسة (...) حيث يلغي أي رجوع للضحية على رئيس المؤسسة.
- (8) انظر Dalloz الدوري 1905، IV، صفحة 113، رقم 20 في نهايته والتعميم الوزاري في 3 أيار 1905.

جميع الأزمئة، تطبيق استبعاد جميع العقوبات التي يمكن أن تمنع مفعول ابتعاد المصاريف⁽¹⁾.

وقد كتب Demolombe، لتسوية الدعاوى المباشرة المتحددة من القانون المدني بالإتصاف، أن الدائنين الذين يعطيهم القانون دعوى مباشرة ضد مدین مدینهم لكي يستوفوا حقهم بالتفضيل على ضميرهم، كما نقول، هم بالضبط دائنو هذه القيمة! - وهم الذين وضعوها في ذمة مدینهم المشترك العالية - وأن الدائنين الآخرين بالتالي أثروا حقاً بمضرتهم، إذا تم الدفع لهم على أساس هذه القيمة قبل إيفاء الذين تمود إليهم مسبقاً⁽²⁾. ولا شك في أن العامل أثرى المداول. ولكنه أفاد صاحب العمل بتحسين الشيء. ويجب أيضاً أن يكون في مواجهة صاحب العمل الذي هو دائنه الحقيقي⁽³⁾. أما المستأجر من الباطن فهو يستفيد من المالك في السكن بإشغال الأمكنة⁽⁴⁾. وبما أنه يتمتع بما له «فمن العدل أن يستوفي هذا المالك بدل الإيجار من الباطن بالأفضلية على دائني المستأجر الأصلي»⁽⁵⁾.

وظهر فوراً في مادة تأمين المسؤولية، أن المؤن، تطبيقاً للقانون العام، لم يكن أمامه سوى ممارسة دعوى غير مباشرة (oblique) ضد مؤن المسؤول ومقاسمة الإفادة من دعواه مع الدائنين الآخرين مع هذا المسؤول في فرضية إعساره. وقد تساءل قسم من الفقه حول القيمة المعنوية لوضع كهذا. فاندش في أول الأمر من الإثراء الممكن للمسؤول الذي بإمكانه، وقد قبض التعويض وأصبح غير مليء قبل إرضاء الضحية، الحصول على صلح بأن لا يدفع سوى قسم من ديونه والاحتفاظ سراً بقسم من المبلغ المعد للتعويض على الضحية⁽⁶⁾. كما ظهر إثراء دائني المؤن الآخرين ظالماً عندما كان تطبيق القانون العام يجيز لهم الإفادة من مبلغ تعويض معد للتعويض عن الضرر الذي أصاب الغير. وقد كتب أحد المؤلفين الذي لخص التحليل الفقهي ما يلي: «إن هؤلاء [الدائنين] سيستفيدون من ضرر تحمله آخر

- (1) 14 حزيران 1806، استشهد به السيد MERLIN، المرجع عنه، الجزء IV، الطبعة الخامسة صفحة 630.
- (2) Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général، الجزء II، الطبعة الثانية، 1871، رقم 139، صفحة 144، وكذلك Ch. JAMIN، المرجع عنه، رقم 24، صفحة 15 وما يليها، والإسنادات المستشهد بها.
- (3) Ch. DEMOLOMBE، المرجع عنه رقم 139، صفحة 145. وكذلك M. TROPLONG، المرجع عنه، الجزء III، رقم 1049، صفحة 259 - انظر V. MARCADE، Explication théorique et pratique du Code Napoléon، الجزء VI، الطبعة السادسة، 1868، صفحة 550.
- (4) انظر V. MARCADE، المرجع عنه، صفحة 498، والإسنادات المستشهد بها - M. TROPLONG، المرجع عنه الجزء II، رقم 538، صفحة 322.
- (5) A. DURANTON، Cours de droit civil français suivant le Code civil، الجزء XVII، 1844، رقم 161، صفحة 159.
- (6) انظر P. DUPUICH، تعليق على حكم النقض المدني، 30 تشرين الأول 1906، Dalloz الأسبوعي 1908، 1، صفحة 267. R. MERLATEAU، De l'assurance contre le recours des voisins، أطروحة في باريس، 1802، صفحة 99.

ولإثرائهم شيء لا أخلاقي طالما أن لهم مصلحة في أن يروا الحادثة تقع لكي يخلص إلى القول، على أساس القانون العام، إن القانون كان هنا في خلاف تام مع الإنصاف⁽¹⁾. والبرهان الذي جرى تقديمه، من وجهة نظر عامة، استعبد في مادة التأمين ضد الحريق⁽²⁾ وفي ما يختص بالتأمين الجماعي المركب⁽³⁾.

720 - يتبع وجود رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي، بالنسبة إلى فقه القرن التاسع عشر، قبول دعوى مباشرة.

الاعتداء على الإنصاف وحده، بالنسبة إلى فقه القرن التاسع عشر، لا يكفي لقبول وجود دعوى مباشرة للإبقاء بسبب المبدأ القائم في تلك الحقبة للمفعول النسبي للاتفاقيات. وبالتالي ترتكز الوسيلة الوحيدة لعدم الاصطدام بصلاية المادة 1165 من القانون المدني على إقامة رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي.

وتتم العملية، في ما يتعلق بمواد القانون المدني، في زمنين ويدعي الفقه في أول الأمر، وهو يركز على تحليل تحوي ومنطقي للنصوص⁽⁴⁾، أن المقنن أراد بالتأكيد أن ينشئ في المواد 1753 و1798 و1994، مظاهر مختلفة للدعوى المباشرة مع المجازفة، في الحالة السلبية، في أن يكون قد أدخل في القانون المدني مجرد تكرار لا فائدة منه للمادة 1166. «يتعذر الاقتراض من أجل عزة المشرع أنه دبر بسخف أن يسخف ثانية المادة 1166»، هذا ما كيه Troplong⁽⁵⁾. إن وهم الإرادة هذا الذي يفضل تفسيراً أكثر جبراً للنصوص أتاح فيما بعد إقامة رباط قانوني يجعل الغير وهو العامل أو المستأجر من الباطن المدين الشخصي لدائن دائئها الخاص⁽⁶⁾. وهكذا كانت الدعوى المباشرة للعمال مسوّغة في أول الأمر بأنهم أداروا قضية صاحب العمل⁽⁷⁾، في حين أن الفقه، والبرهان التقني وبرهان الإنصاف مختلطان، بنى للدعوى المباشرة للعالمك ضد المستأجر من الباطن على إشغال الأمانة الموجزة⁽⁸⁾.

(1) L. SERGENT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 143.

(2) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 69، صفحة 50 ورقم 76 صفحة 57.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 86، صفحة 64.

(4) انظر حول هذا الأسلوب المدخل العام، رقم 144، صفحة 104.

(5) المرجع عينه، رقم 1048، صفحة 256.

(6) بالفعل كتب J.M. BOILEUX (Commentaire sur le Code civil)، الجزء III، الطبعة الخامسة، 1844، صفحة 391) ليس للعالم، في صلاية القانون، مدنيون آخرون سوى من يستغلهم.

(7) انظر Larombière، Théorie et pratique des obligations، الجزء II، 1857، صفحة 201، رقم 27 - M. TROPLONG، المرجع عينه، رقم 139، صفحة 145 - M. TROPLONG، المرجع عينه رقم 1049، صفحة 259 - V. MARCADE، المرجع عينه صفحة 550.

(8) انظر Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، رقم 139، صفحة 144 - Larombière، المرجع عينه، صفحة 496 - M. TROPLONG، المرجع عينه، رقم 538، صفحة 322. وكذلك النقض المدني، 13 كانون الثاني 1892، Sirey، 92، 1، صفحة 89.

واستعيد البرهان بالنسبة إلى دعوى استبعاد المصاريف في حين أن المادة 133 من قانون الإجراء المدني لعام 1807 التي استعادت التقليد القديم تعطي الوكيل دعوى مباشرة للإيفاء. وقد انقسم الفقه الذي لم يستسلم لتعسف القانون حول تحديد أساس الدفاع عن مفهوم التنازل عن العقد أو الإنابة التامة أو الفضول أو الوكالة⁽¹⁾.

وما زال الجدل أكثر شدة في مادة التأمين ضد الحريق. ولم يقترح الفقه والاجتهاد في ظل القانون العام أقل من عشرة تفسيرات لتسويق وجود رباط قانوني بين الضحية والمؤمن⁽²⁾، بدون أن تهذى الإصلاحات المتعاقبة حدثها⁽³⁾. وقد قبل الاجتهاد أخيراً في مادة التأمين الجماعي المركب دعوى العامل المباشرة ضد المؤمن في نظام التأمين - التعويض، بالأخذ بأن رب العمل تصرف كفضولي⁽⁴⁾.

721 - وجود رباط قانوني يؤغ قبول الدعوى المباشرة ودعوى ضمان المستأجر من الباطن في المبيعات المتعاقبة تماثل بدعوى مباشرة.

طرحنا مسألة قبول دعوى مباشرة لضمان نزاع اليد أو العيوب الخفية لصالح مكتسب الملكية الثاني في التعابير ذاتها كما في مادة إيفاء مبلغ من العملة⁽⁵⁾.

وليس في وسع مكتسب الملكية الثاني، إذ يأخذ القانون الروماني بأن الدعوى لم تكن تنقل بقوة القانون من شخص إلى آخر، في غياب تنازل صريح، إلا أن يتوجه إلى شريكه في التعاقد. ولم ينتقل هذا الإرث إلى القانون القديم كاملاً. وإذا كان بعض المؤلفين يستمر في الأخذ بأن غياب رباط قانوني بين المستأجر من الباطن والبايعين السابقين، فإن المستأجر من

(1) انظر بالنسبة إلى خلاصة لهذه التحاليل *Pandectes françaises*، الجزء XXXIV، 1900، V المصاريف والنسقات، رقم 1036 وما يليه - B. GARSONNET et Ch. CEZAR - BRU, *Traité théorique et pratique de la procédure civile et commerciale*، الجزء III، القسم الثاني، المجلد 2، الطبعة الثالثة، 1913، رقم 804، صفحة 584 وما يليها.

(2) انظر بالنسبة إلى عرضهما، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 71، صفحة 51 (تأمين المخاطر الإيجارية وفند مراجعة الجيران)؛ رقم 77، صفحة 58 (دعوى الدائنين المرتهين العقاريين وأصحاب الامتياز).

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 73، صفحة 54 (تأمين المخاطر الإيجارية ضد مراجعة الجيران)؛ رقم 80، صفحة 61 (دهاوى أصحاب الامتياز والدائنين المرتهين العقاريين).

(4) انظر عدا أحكام قضاء الأساس العديدة، النقص المدني، أول تموز 1885، Sirey، 85، 1، صفحة 409، تعليق J.-M. LABBÉ.

(5) إن موضوع الدعوى المباشرة، على عكس ما تشكك بعض المؤلفين من كتابته L. AYNÈS، *La cession de contrat*، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ph. MALAURIE، رقم 156، صفحة 118) ليس إيفاء مبلغ من العملة فقط. وبالفعل يستطيع المستأجر من الباطن ممارسة دعوى فسخ البيع لعب غففي ضد البائع السابق موضوعها المحصول على ما يعادل فسخ العقد. ومن هنا تفرقتا بين الدعوى المباشرة للإيفاء والدعوى المباشرة للمسؤولية التي ليست دعوى الضمان سوى إحدى كيفياتها.

الباطن لم يكن بإمكانه مقاضاة هؤلاء البائعين وكان آخرون، مثل Domat⁽¹⁾ و Pothier⁽²⁾، قد قبلوا نقل دعوى الضمان بدون تنازل صريح معتبرين بشكل رئيسي أن الضمان بشكل تابعاً للشيء⁽³⁾. واستعاد فقهاء القرن التاسع عشر هذا التحليل الأخير إذ رأوا أنه يدخل المادة 1166 من القانون المدني⁽⁴⁾ وأيدوا حكمين للمحكمة الملكية في بوردو قبالاً أن دعوى ضمان نزاع اليد تنتقل لمكتب الملكية الثاني الذي بإمكانه عندئذ ممارسة دعوى غير مباشرة (oblique) ضد البائع السابق⁽⁵⁾.

بيد أن تياراً فقهياً هاماً أيد هذا الإصلاح أسف لبعض نتائج المحزنة. فمكتسب الملكية الثاني، من جهة أولى، «لم يكن بإمكانه ممارسة ضمان بائعه في حالة عدم امتلاكه هذا الضمان»⁽⁶⁾. والمستفيد من الدعوى التي مارسها مكتسب الملكية الثاني باعتبارها داخلة في ذمة بائعه المالية يتقاسمها، من جهة ثانية، معه ومع دائني هذا البائع الآخرين إذا كان معصراً. وهذه النتيجة تصطدم بالإنصاف لأن الضمان قائم فقط لمصلحة الشاري⁽⁷⁾. وهكذا يدافع القسم الأكبر من المؤلفين عن مبدأ دعوى شخصية ومباشرة لمكتب الملكية الثاني ضد البائع السابق على أساس النقل مع كل توابعه⁽⁸⁾. ولم تخترق هذه الأفكار الجديدة الاجتهاد

(1) Les lois civiles dans leur ordre naturel، الكتاب I، الباب II، القسم X، XXIX: «طلب الضمان يمكن أن يقدمه مكتب الملكية أو ممثلوه، إما بصفة كلية أو بصفة خاصة؛ وهكذا يكون لورث مكتب الملكية أو المرموب له، الحق عينه ويكون لمكتب الملكية الثاني كذلك الحق عينه كمعارس حقوق مكتب الملكية الأول».

(2) Traité du contrat de vente in Œuvres de Pothier، الجزء III، الطبعة الثانية، تأليف M. BUGNET، 1861، رقم 148، صفحة 61: «فعل بإمكان المشتري الثاني إذا عرض علي أن يترك لي ما يتوجب علي تجاهه أن يمارس مكاني وللمصلحة الدعاوى الخاصة بي ضد البائع الأول لاسترداد الثمن (...)؟ يمكن الأخذ بذلك لأنه، عندما أبيع أحدهم شيئاً ما يفترض بي أن أبيع وأن أنقل إليه جميع الحقوق والدعاوى التي تنزع إلى أن يصبح مالك هذا الشيء، وبالتالي دعوى المشتري بالثبات التزامات البائع action ex empto ملكها تجاه بائعي».

(3) قارن بـ DOMAT، Les lois civiles dans leur ordre naturel، الكتاب I، الباب II، القسم X، الذي يرى أن «الضمان تنمى لعقد البيع».

(4) M. TROPLONG، De la vente، الجزء I، 1836، الطبعة الثانية رقم 437، صفحة 662 وما يليها. A. DURANTON، المرجع عينه، الجزء XVI، رقم 275، صفحة 292 وصفحة 293. وكذلك DUVERGIER، Le droit civil français suivant l'ordre du Code، 1830، رقم 344، صفحة 412 وما يليها.

(5) حكم محكمة بوردو، 5 نيسان 1826، Sirey، 27، 2، صفحة 6؛ Dalloz الدوري 2، 26، صفحة 177 - 4 شباط 1831، Sirey، 31، 2، صفحة 138؛ Dalloz الدوري 31، 1، صفحة 85.

(6) A. DURANTON، المرجع عينه، الجزء XVI، رقم 275، صفحة 293.

(7) F. LAURENT، Principes du droit civil français، الجزء XXIV، 1877، رقم 229، صفحة 230.

(8) انظر A. DURANTON، المرجع عينه، الجزء XVI، رقم 275، صفحة 293 وصفحة 294 - DUVERGIER، المرجع عينه، الجزء XVI، الفقرة 394، صفحة 412 وما يليها. Ch. AUBRY et Ch. RAU، Cours de droit civil français، الجزء III، الطبعة الثالثة، 1856، الفقرة 355، صفحة 264 =

إلا حوالي نهاية القرن. ولا شك في أن محكمة النقض قبلت منذ عام 1820 أن مكتب الملكية الثاني بإمكانه المقاضاة للضمان ضد البائع السابق في حين عبده ينكر عليه هذا الحق تجاه بائنه⁽¹⁾. بيد أن الحكم استند إلى المادة 1166، وكان لزوماً انتظار عام 1884 لتحكم محكمة النقض، مستخدمة مبدأ التابع، بوضوح⁽²⁾.

إن الاعتداء على الإنصاف استناداً إلى مبدأ المفعول النسبي للمحقوق والقانون العام للدعوى غير المباشرة (oblique) وكذلك ضرورة رباط قانوني بين المدين الفرعي والدائن يشكل النقطة المشتركة بين الدعوى المباشرة للإيفاء ودعوى الضمان غير المباشرة. وهكذا كوّنت في تلك الحقبة فئة وحيدة⁽³⁾.

ج - تفهقر التسويغ التقليدي للدعوى المباشرة.

722 - تفهقرت صورة الدعوى المباشرة كما رسمناها في بداية القرن العشرين بالمفعول المزدوج لظاهرتين: غياب الطابع المرضي لمختلف تسويغات الدعوى المباشرة المستخرجة من القانون المدني وقبول سلطة المشرع المتزايدة.

723 - لا يجوز القانون المدني إقامة رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي.

عدا الدعوى المباشرة للضمان التي لا يعارض أحد تفسيرها بمفهوم التابع، لم يعد أيّ من مظاهر الدعوى المباشرة للإيفاء إلا موضع اعتراض. ولم يعد أيّ من الإليات المتحدرة من القانون المدني الذي كان يتيح إقامة رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي الذي يمكن أن يسوّغ وحده وجود دعوى مباشرة⁽⁴⁾. يرضي مجموع الطائفة القانونية التي تعارض اختيار هذه الإوالية أو تلك.

= صفحة 265 - L. LAROMBIÈRE، المرجع عنه، الجزء I، صفحة 706 وصفحة 707، رقم 28 - L. GUILLOUARD، Traité de la vente et de l'échange، الجزء I، الطبعة الثانية، 1890، رقم 228، صفحة 265، وصفحة 256 ورقم 320، صفحة 338، ورقم 452، صفحة 467 وصفحة 468 - T. HUC، Commentaire et pratique du Code civil، الجزء X، 1887، رقم 154، صفحة 209 - G. BAUDRY - LACANTINERIE et L. SEIGNAT، De la vente et de l'échange، الطبعة الثانية، 1900، رقم 229، صفحة 229 وصفحة 230.

(1) النقض المدني، 26 كانون الثاني 1820، 1820 Sirey، 1، 213.
(2) النقض المدني، 12 تشرين الثاني 1884، Dalloz الفرعي 85، 1، صفحة 357 Sirey، 86، 1، صفحة 149 - حكم نقض بلمبيكي، 2 تموز 1886، Dalloz الدوري 88، 2، صفحة 5. وكذلك حكم محكمة استئناف Rennes، 9 نيسان 1870، Dalloz الدوري 72، 2، صفحة 110 (نقل الضمان التقدي).
(3) انظر Ch. DEMOLOMBE، المرجع عنه، الجزء I، 1869، الطبعة الثانية، رقم 141، صفحة 147، الذي لا يدرس على حدة الدعاوى المباشرة للإيفاء والدعاوى المباشرة للضمان ويؤيد منطقياً توسيعاً للدعاوى المباشرة إلى جميع الحالات حيث يمكن أن يقيم رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي - Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه، الجزء III، الفقرة 312، صفحة 86 والتعليق 40.
(4) انظر P. BEZIN، Essai sur la nature juridique de quelques actions dites indirectes، أطروحة في ليل، 1897، رقم 28، صفحة 26، الذي كتب: «إنما موجب يربط الأول بالثاني وعندئذ تكون الأول ضد الثاني».

وأوصل غياب هذا التسويغ غير المنازع فيه إذاً إلى وضع طريق مسدود: لم يعد من الممكن تسويغ الدعوى المباشرة للإيفاء مع أنها أصبحت جزءاً متدمجاً من القانون الوضعي. وتغير موقف الفقه، إما أنه اكتفى بالتحقق من الظاهرة، كواضعي مجموعة الفتاوى الفرنسية الذين ينو، في صدد دعوى استرداد المصاريف وبعد أن درسوا ثم رفضوا مجموعة الإرواليات التقليدية التي جرى استخراج دعوى الإيفاء لصالح الوكيل، منها، ما يلي: «إنه [أي الاسترداد] في الحقيقة (...) يولد، لصالح الوكيل، حقاً خاصاً، أي من نوع خاص، وحيداً وغير مسمى، كحظوة معطاة للوكلاء»⁽¹⁾، وإذ نازع في المفهوم ذاته للدعوى المباشرة لإدخالها في إروالية أخرى، وإذا كانت هذه الإروالية غالباً توصف بالامتياز، فإن الجهد الفقهي الأبرز بقي فقه Solus الذي أخذ بأن الدعوى غير المباشرة للمواد 1753 و1798 و1894 من القانون المدني هي في الحقيقة تطبيق لمفهوم الإثراء بلا سبب⁽²⁾.

وفي ظل استمرار ظاهري لتحليل القرن التاسع عشر أبرزت أطروحة Solus قطيعة عميقة جدت النظرية «الشرعية» للدعوى المباشرة⁽³⁾. وبرهن المؤلف البارز، بعد أن بين أن مواد القانون المدني التي درسها لم تستهدف أبداً إنشاء دعاوى مباشرة، أنه لا يمكنها، في أي حال من الأحوال، إنشاء دعاوى مباشرة وهي لا تشكل سوى تطبيق خاص لنظرية الإثراء بلا سبب. وهكذا قام Solus بنقل لتحليل بالنسبة إلى أسلافه. ففي حين أنهم اعترفوا بصفة الدعوى المباشرة ما دام أن الدالان كان مرتبطاً برابط قانوني بالمدين للمفرعي، ينقي هو هذه الصفة أمام رباط كهذا. وبالمنازعة في صفة الإثراء بلا سبب تبقى من فرضية السيد Solus نموذجية جديدة: الدعاوى المباشرة بالمعنى الضيق هي الدعاوى التي لا تشكل نتيجة إروالية أخرى. والدعاوى الأخرى - الدعاوى المباشرة بالمعنى الواسع - مستبعدة من نظرية الدعوى المباشرة.

ولن تتم استعادة التحاليل المرتكزة على استبدال إروالية قانونية أخرى بالدعوى المباشرة، إذ يفضل الفقه على المنازعة الممكنة فيها تأكيد إرادة المشرع السيدة.

724 - أصبحت إرادة المشرع وحدها تتيح تسويغ وجود الدعوى المباشرة.

واجهت بداية القرن العشرين الذين استمروا في الأخذ بالتحليل التقليدي بالذين رأوا أن غياب التسويغ المستخرج من إروالية تقليدية يجب أن لا يمنع قبول دعوى مباشرة ما دام يجيز ذلك نص قانوني.

وفرضية Bézin، في هذا الشأن، وقد جرى اعتمادها في عام 1897، لها مدلولها

= دعوى ليست مباشرة بالضرورة، رأتها بالعكس ليس ثمة أي رباط قانوني بين الأول والثاني ولا يعود لمة مجال لإعطاء الثاني دعوى ضد الأول.

(1) المرجع عنه رقم 1054، صفحة 209.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 170 وما يليه.

(3) انظر الرقم 725 اللاحق وما يليه.

بالنسبة إلى تغير الذهنية السائدة في تلك الحقبة. فقد تساءل المؤلف بعد أن أخذ بأن المادة 1753 من القانون المدني «لا تجعل من فرضية خاصة تطبيقاً للمبادئ»⁽¹⁾، عما إذا كان نص القانون «ينظم موجياً لا تسوّغه المبادئ القانونية وحدها»⁽²⁾ ثم خُصص إلى القول، معارضاً Hue الذي كتب أنه «من الكيفي أن يستخرج من هذه المادة مبدأ دعوى مباشرة أساسها الوحيد إرادة المشرع»⁽³⁾، «لا نرى أي كيفي في قراءة القانون كما هو مكتوب، ونعتقد أننا مستعدون أكثر من اللازم لبيان أن ثمة موجبات قانونية إلى جانب الموجبات الاتفاقية».

وتغلبت الفئة الثانية بسرعة على الفئة الأولى للأخذ بأن الدعوى المباشرة يجب أن يكون لها أساس قانوني. ولم يعد من الضروري البحث عن إقامة رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي: بإمكان المشرع شرعاً مخالفة المبادئ القانونية المؤكدة في المواد 1165 و1166 و2092 من القانون المدني.

والمثال الأفضل على هذا المفهوم الجديد للدعوى المباشرة هو الذي قدمه تفسير قانون 28 أيار 1913⁽⁴⁾. فقد رأت فيه محكمة النقض في النهاية علامة دعوى مباشرة مصرحاً قانوني⁽⁵⁾ بدون إقامة رباط قانوني بين الضحية والمؤمن. ويمكن الافتراض أن محكمة النقض، التي لم تشأ أن تشارك الضحية في دعاوها دائني المؤمن الآخرين⁽⁶⁾، وعن طريق تحليل نص القانون وحده الذي يحدد التعويض بين يدي المؤمن، لجأت إلى برهان الخلف للتخفيض⁽⁷⁾ الذي عبّر عنه بشكل مدعش العميد Josseland: «ما دام أن المؤمن لا يستطيع فرض تسديد التعويض، فذلك يعني بالطبع أن الضحية لها الحق في المطالبة به قانونياً بدون المرور عن طريقه وإلاّ تجعد هذا التعويض إلى ما لا نهاية له في صندوق المؤمن، مما هو عبثي بكل بساطة ويسير في اتجاه مخالف لأمنية مشرع عام 1913 الذي توخى تأمين إرضاء الضحية بمضاعفة ضمانات الإبقاء لأصالحه»⁽⁸⁾. وهكذا انتقل النقاش من تحديد الطبيعة القانونية للدعوى بالإسناد إلى مفهوم تقليدي نحو تفسير نصوص القوانين وحدها.

وأصبحت الطريق مفتوحة أمام مفهوم للدعوى المباشرة مبني على النصوص القانونية وحدها.

(1) المرجع فيه رقم 58، صفحة 53.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 62، صفحة 80.

(3) *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*، الجزء I، 1891، رقم 207، صفحة 229.

(4) انظر الرقم 718 السابق.

(5) القضاء المدني، 14 حزيران 1926 المذكور سابقاً.

(6) انظر تقرير A. COLIN، حول القضاء المدني، 14 حزيران 1926، Dalloz 1927، 1، صفحة 60.

(7) Ch. PERELMAN، *Logique juridique - nouvelle rhétorique*، الطبعة الثانية، 1979، رقم 33، صفحة 58.

(8) تعليق على حكم محكمة استئناف تولوز، 8 تشرين الأول 1928، وحكم محكمة استئناف ليون، 6 كانون الأول 1928، Dalloz 1930، 2، صفحة 1.

من الممكن، قبل التطرق إلى هذه المسألة، بيان أن دراسة النظرية التفسيرية للدعوى المباشرة، من وجهة نظر أهم، تكذب الرؤية المقبولة عموماً منذ بداية القرن العشرين «لمدرسة التفسير» التي اكتفت بقراءة عبثية للنصوص لكي تبين، على العكس، النشاط الفكري للمؤلفين الذين كُتب عنهم بحق «أن القانون بالنسبة إليهم ليس سوى مرشد إلى هذا الهدف السامي الذي هو العادل»⁽¹⁾، كما أنها تتيح، فضلاً عن ذلك، التعبير عن فرضية تقهقر هذه الحركة الفقهية التي تعود إلى استنفاد تفسيري داخلي بحث للمفاهيم المتحدرة من القانون المدني أكثر مما تعود إلى عدم الملاءمة بين نصوص القانون المدني والتغيرات الاجتماعية⁽²⁾.

II - للنظرية الشرعية للدعوى المباشرة

725 - تقلص النظرية الشرعية للدعوى المباشرة التي سبق أن مؤلفنا بروجها هذه الدعوى إلى أن لا تكون سوى إرالية منشؤها قانوني صرف. ومفهوم الدعوى المباشرة هذا الذي ما زال ساري المفعول إلى حد كبير في يومنا هذا وصل إلى قمته مع نشر أطروحة السيد Cozian سنة 1969⁽³⁾ قبل أن تتناولها انتقادات قاسية منذ ظهور أطروحة السيد Teyssié في عام 1975⁽⁴⁾. فمن المناسب إذاً عرض هذه النظرية قبل مناقشتها.

أ - عرض النظرية الشرعية.

726 - دراسة نظام الدعوى المباشرة مفضلة على البحث عن أسماها.

تأكدت النظرية القانونية للدعوى المباشرة، بدون أن تفرض نفسها في برهة من الزمن، في الفقه على مدى الربع الأول من القرن العشرين. وكان دحض التفسيرات المستخرجة من القانون المدني مقبولاً. فمعظم المؤلفين، سواء أسفوا على ذلك أم لا⁽⁵⁾، قبل في أول الأمر أن الدعوى المباشرة هي إلى حد كبير إنجاز اجتهاد لجأ إلى تفسير وإل للنصوص قبل أن يؤكد، في موقف إرادي، طابعها القانوني حصراً⁽⁶⁾.

(1) Ch. ATIAS, Science des légistes - Savoir des juristes، منشورات جامعة مرسيلا - إيكس، 1991، رقم 11، صفحة 31 ورقم 44، صفحة 96. وكذلك الثقليدي Ph. RÉMY, Eloge de l'Exégèse، مجلة الاجتهاد، 1982، صفحة 254 وما يليها.

(2) انظر في شأن هذه المسائل، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 168 وما يليه.

(3) L'action directe، منشورات L.G.D.J، 1969، مقدمة A. PONSARD.

(4) Les groupes de contrats، منشورات L.G.D.J، 1975، مقدمة J.M. MOUSSERON.

(5) انظر A. WEILL، Le principe de la relativité des conventions en droit privé français، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، Dalloz، 1939، رقم 431، صفحة 748 الذي بأسف لاجتهاد اجري، إلى موجه أن أصبح خالتي حق وخرج عن دوره الطبيعي كشاح للقانون.

(6) انظر حول هذا التطور Ch. JAMIN، الأطروحة الآتية الذكر، رقم 183 وما يليه.

والفقه الذي استعاد التفريق الذي دشنته Solus بين الدعاوى المباشرة الأصلية والدعاوى الأخرى⁽¹⁾، والذي نادراً ما نازع في الأساس القانوني حصراً للدعاوى الأولى⁽²⁾، أصبح بإمكانه أن يكرس نفسه لتحديد نظامها.

وإلى هذه الحقبة على وجه الخصوص يعود التفريق الذي أصبح تقليدياً بين الدعاوى المباشرة الكاملة التي تحقق، كدعوى الضحية ضد مؤمن المسؤولية، تجميد الدين بين يدي المدين الفرعي منذ نشأة دين حائز الدعوى ضد المدين الوسيط، والدعاوى المباشرة غير الكاملة التي تحقق، على غرار الدعاوى المباشرة للقانون المدني، هذا التجميد في أونة ممارسة الدعوى من قبل حائزها⁽³⁾. بيد أنه كان يجب انتظار أطروحة السيد Cozian لكي يصل تركيب نظام الدعوى المباشرة للإبقاء في وظيفتها المزدوجة كامتياز وطريقة تنفيذ إلى كماله⁽⁴⁾.

وفي الحقبة عنها تم حل المسائل العملية الأهم في مادة تأمين المسؤولية بعد مناقشتها بضراوة⁽⁵⁾ - إقحام المؤمن، وتقدم الدعوى، والاختصاص القضائي، والقانون المطبق على شركات التأمين الأجنبية.

727 - يتج الأساس القانوني للدعوى المباشرة استبعاد دعوى الضمان.

أصبح الاجتهاد، من جهة أولى، يقبل بالإجماع أن الدعوى المباشرة للضمان التي يمتلكها مكتسب الملكية الثاني ضد البائع السابق⁽⁶⁾ أو مكتسب ملكية عقار ضد من قاموا

(1) انظر A. PLANCQUEEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 7، التعليق 1، حيث يفسر المؤلف أن الدعوى المباشرة التي يدورها تفترق عن دعاوى مباشرة نجدها في مادة الاشتراط لصالح الغير، وفي الفضول، الخ. - M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 62 وما يليه، الذي يفرق الدعاوى المباشرة الأصلية التي أساسها قانوني حصراً عن «الدعاوى المباشرة المزعومة وأساسها اتفاقي».

(2) انظر على سبيل المثال *L'action directe exercée par la victime d'un accident contre la compagnie d'assurance, notamment dans le cas où celle-ci est étrangère*، J. BERNAYS، 1933، صفحة 69، الذي يأخذ، بعد أن بين أنه ليس من الضروري التنازل حول أساس الدعوى المباشرة، بأن العمل المفيد الوحيد هو تلخص الدعوى في نتائجها بدلاً من مجدها.

(3) A. PLANCQUEEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 91 وما يليها، ويبدو أنه أول من كان لديه هذا التفريق.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 309 وما يليه.

(5) انظر حول هذه المسائل، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 107 وما يليه.

(6) انظر عند الأحكام المصادرة في القرن التاسع عشر، حكم غرفة المرافض، 27 تموز 1909، D.1910، 1، صفحة 187 - 3 تشرين الثاني 1932، D.H.1932، صفحة 570 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، النشرة المدنية، I، رقم 77، صفحة 69، مصنف الاجتهادات الدوري، 1963، G، II، 13159، ملاحظة R. SAVATIER، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1963، صفحة 584، ملاحظة G. CORNU، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الثاني 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1973، G، II، 17340، ملاحظة P. MALINVAUD، مجلة قصر العدل، 1973، 2، صفحة 773، تعليق A. PLANCQUEEL - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 آذار 1977، -

بناء العمل⁽¹⁾ مبنية على مفهوم التاييم. ومن جهة ثانية، إذا كان ألققة قد تمكن من أن ينتقد لفترة من الزمن للجوء إلى هذا المفهوم لكي يفضل عليه مفاهيم حوالة الحق⁽²⁾ أو الاشتراط لصالح الغير⁽³⁾ الضمني، فإنه لم يناع، خلال تلك الحقبة، في اللجوء إلى مفهوم تقليدي، مما كان يمنع على الدعوى المباشرة أن تكون إروالية من نوع خاص.

منذ ذلك الوقت جرى إيعاد الدعوى المباشرة للضمان إلى فئة الدعاوى المباشرة بالمعنى الواسع أو «الدعاوى المباشرة المزعومة ذات الأساس الاتفاقية» وأصبحت مستبعدة، على عكس التحليل الذي كان سارياً في القرن التاسع عشر، من مجال الدعوى المباشرة⁽⁴⁾ الذي تقلص هكذا إلى دراسة الدعاوى المباشرة للإبقاء وحدها.

= D.1977، صفحة 284 من التقرير - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 20، صفحة 14. وكذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1973 (بإمكان مكتب الملكية الثاني ممارسة دعوى إنقاص الثمن لوجود عيب خفي وليس دعوى الفسخ بسبب العيب الخفي)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1973، الطبعة G، II، 17445، ملاحظة R. SAVATIER، D.1974، صفحة 138، تعليق Ph. MALINVAUD، مجلة قصر العدل، 1973، 2، صفحة 737، تعليق A. PLANQUEBEL، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1973، صفحة 582، ملاحظة G. CORNU.

(1) حكم محكمة استئناف باريس، 11 كانون الثاني 1906، D.1907، 2، صفحة 391 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الثاني 1967، النشرة المدنية، I، رقم 348، صفحة 280، D.1968، صفحة 163، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 363، ملاحظة G. DURRY، A. AUBERT، D.1970، صفحة 363 - تعليق Ph. JESTAZ، 1971، Defrénois، 117، ملاحظة J.-L. AUBERT، 12 تشرين الثاني 1974، النشرة المدنية، III، رقم 4207، صفحة 312 - 28 تشرين الأول 1976، النشرة المدنية، III، رقم 311، صفحة 235 - 22 شباط 1978، النشرة المدنية، III، رقم 93، صفحة 73 - 21 آذار 1979، النشرة المدنية، III، رقم 73، صفحة 53 - 20 نيسان 1982، النشرة المدنية، III، رقم 95، صفحة 68 - 26 نيسان 1983، النشرة المدنية، III، رقم 91، صفحة 72.

(2) R. RODIÈRE، تعليق على حكم محكمة استئناف باريس - إن - يروان، 5 تشرين الأول 1954، مصنف الاجتهادات الدوري، 1955، الطبعة G، II، 8548. وكذلك B. GROSS، La notion d'obligation de garantie en droit des contrats، منشورات L.G.D.J، 1964، مقدمة D. TALLON، رقم 191 وما يليه - M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 94، صفحة 60.

(3) انظر M. PLANFOL et G. RIPERT، Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، الطبعة الثانية، 1962، تأليف P. ESMEIN، رقم 133 وما يليه - J. LEPARGNEUR، De l'effet à l'égard de l'ayant، cause particulier des contrats généraux d'obligations relative au bien transmis، المجلة الفصلية، 1924، صفحة 499 - A. WEILL، Le principe de la relativité des conventions en droit، 505، رقم 505، الفرنسية، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، رقم 865 وما يليها J.-H. DU GARREAU، La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1944، صفحة 223 وما يليها G. BONET et B. GROSS، La réparation des dommages causés aux constructeurs par les vices des matériaux، الاجتهادات الدوري، 1974، الطبعة I، G، 2602، رقم 29.

(4) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 62 وما يليه ولا سيما رقم 93 وما يليه.

ب - نقد النظرية الشرعوية.

728 - النقد الفقهي المزدوج للنظرية القانونية للدعوى المباشرة.

برهن السيد Teyssié في عام 1975 على أن تأكيد أساس قانوني صرف للدعوى المباشرة يصطدم «باجتهاد جري» و«فقه عصري» لم يترددا في الاعتراف بدعوى مباشرة للإيفاء ودعوى مباشرة للضمان «في غياب نصوص قانونية أو أبعد منها»⁽¹⁾ إلى درجة، كما تابع السيد Néret في عام 1979، جعلت «التمسك بإرادة المشرع يعني اللجوء إلى وهم جديد»⁽²⁾. ويرتكز النقد الصادر عن هذين المؤلفين هكذا على غياب الملاءمة بين المفهوم القانوني البحت للدعوى المباشرة والحقيقة الاجتهادية لنموها التاريخي.

ثمة نقد آخر يتعلق بإعادة النظر في مختلف الأسس المطروحة تقليدياً لتسوية الدعوى المباشرة للضمان. فقد بين السيد Boublé في عام 1974 بالفعل أن اللجوء إلى مفاهيم التابع والاشتراط لصالح الغير والتنازل عن العقد ليس مرضياً⁽³⁾. والفقه، رغمًا عن الجدول القائم⁽⁴⁾، يُخشى أن يكون في وضع طريق مسدود يضخم الوضع الذي كان في نهاية القرن التاسع عشر في مادة الدعاوى المباشرة للإيفاء⁽⁵⁾: دعوى مباشرة للضمان مقبولة في القانون الوضعي وبدون أن يكون من الممكن تسويتها بإوالية تقليدية، ولا باللجوء، هذه المرة، إلى حيلة قانونية، وهذا الطريق المسدود هو الذي سيؤكد في وقت قريب التطور الاجتهادي.

729 - التوسيع الاجتهادي لنقد الدعوى المباشرة.

تطور اجتهاد محكمة النقض منذ عام 1978 إلى درجة جعل مفهوم التابع الذي تمسكت به تقليدياً لتسوية الدعوى المباشرة للضمان عديم التأثير جزئياً.

لقد أخذت محكمة النقض في زمن أول بأن الدعوى المباشرة للضمان التي يحوزها مكتب الملكية الثاني في مادة المبيعات المتعاقبة «لها بالضرورة طبيعة عقدية»⁽⁶⁾. وهذه

(1) Les groupes de contrats، منشورات L. G. D. J، ملحق M. MOUSSEBRON، رقم 476، صفحة 230.

(2) Le sous-contrat، منشورات L. G. D. J، مقدمة P. CATALA، رقم 433، صفحة 315.

(3) Soliloque sur la transmission de l'obligation en garantie (à propos de l'arrêt de civ. 3 du 9 juillet 1973)، منشرف الاجتهادات الدوري، 1974، الطبعة 3، G، 2846. انظر في الاتهام عينه، J. GHESTIN،

(1973)، منشرفات McGill Law، l'arrêt Kravitz et le droit positif français sur la garantie des vices cachés

Journal، 1980، صفحة 331 وما يليها.

(4) انظر JAMIN، Ch. الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 172، صفحة 147 وما يليها والإشارات المستشهد

بها.

(5) انظر الرقم 723 السابق.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، I، رقم 241،

صفحة 192؛ D.S. 1980، صفحة 222 من الموجز، ملاحظة Ch. LARROUMET، مجلة قصر العدل

1980، 1، صفحة 250، تعليق A. PLANOQUEL، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة

354، رقم 1، ملاحظة G. DURY، انظر في الاتهام عينه حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17

أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 182، صفحة 182؛ D. 1983، صفحة 479 من التقرير، ملاحظة Ch.

الصيغة أحيث قاعدة عدم جمع المسؤولين العقدية والتقصيرية، في حين أن محكمة النقض قبلت في السابق أن مكتسب الملكية الثاني ضبعة عيب خفي كان بإمكانه، إذا فضل ذلك، المقاضاة على أساس المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾. وبينت الغرفة المدنية من ناحية أخرى أن دعوى المسؤولية العقدية في القانون العام، المنية على عدم تنفيذ تسليم منتج مطابق، تنتقل إلى مكتسب الملكية الثاني⁽²⁾.

وقبلت هذه الغرفة نفسها في مرحلة ثانية إمكانية صاحب المبنى في ممارسة دعوى مباشرة ضد صانع المواد لضمان العيب الخفي الذي أصاب الشيء المباع منذ صنته، وهي دعوى ذات طابع عقدي بالضرورة⁽³⁾، في حين أن الغرفة الثالثة، التي رفضت اللجوء إلى مفهوم التابع خارج مجال العقود الناقلة للملكية⁽⁴⁾، أجازت فقط ممارسة دعوى المسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾. وقد استوجب التعارض الشديد بين الغرفتين تدخل الهيئة العامة بكامل أعضائها التي، إذ كرست في عام 1986 موقف الغرفة المدنية الأولى، سمحت لصاحب المبنى بممارسة دعوى مباشرة للمسؤولية العقدية ضد الصانع مبنية، في القضية المعروضة، على عدم المطابقة⁽⁶⁾. وقد تبنت الغرفة المدنية الثالثة، بعد أن حاولت مقاومة هذا التعدي المسؤولية

= LARROUMET - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 آذار 1986، النشرة المدنية، I، رقم 57، صفحة 53.

(1) حكم غرفة العرائض، 8 آذار، 1937، D.P.1938، 1، صفحة 76، تعليق R. SAVATIER - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1962، مصنف الاجتهادات الدوري، 1962، الطبعة II، G، 12910، تعليق P. ESMEIN؛ D.1963، 1، صفحة 1، تعليق LUST - YEUX؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1963، صفحة 332، ملاحظة A. TUNC - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 حزيران 1978، النشرة المدنية، رقم 177، صفحة 150.

(2) 9 آذار 1983، النشرة المدنية، I، رقم 92، صفحة 181 مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، الطبعة II، G، 20295، ملاحظة P. COURBE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 753، ملاحظة Ph. RÉMY.

(3) 29 أيار 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة II، G، 20387، ملاحظة Ph. MALINVAUD؛ D.S.1985، 213، صفحة 213، تعليق A. BÉNABENT؛ مجلة قصر العدل، 1985، 2، صفحة 437، تعليق H. SOULEAU؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 406، ملاحظة Ph. RÉMY؛ مجلة 588، ملاحظة J. HUET.

(4) بالفضل قبلت الغرفة المدنية الثالثة الدعوى المباشرة للضمان لعشر سنوات ولستين المبنى على المادتين 1792 و2270 من القانون المدني عندما يشتد مكتسب الملكية الضمان من عقد البيع الذي أبرمه مع صاحب المبنى. وبالمقابل، في الفرضية موضوع البحث، يكون المقالول الأصلي مرتبطاً بعقد بيع مع الصانع. وصاحب المبنى مرتبط فقط بعقد المقالولة مع المقالول الأصلي، فليس بإمكانه إذا الإادة من مفهوم التابع في علاقات بالصانع.

(5) 19 حزيران 1984، D.S.1985، 213، صفحة 213، تعليق A. BÉNABENT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة II، G، 20387، ملاحظة Ph. MALINVAUD.

(6) 7 شباط 1986، D.S.1986، 293، صفحة 293، تعليق A. BÉNABENT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، الطبعة II، G، 20616، ملاحظة Ph. MALINVAUD؛ مجلة قصر العدل، 1986، 2، صفحة 543.

العقدية من القانون العام على ضمان العيوب إلى أبعد من المجال الحصري للمبيعات المتعاقبة⁽¹⁾، حل الهيئة العامة بكامل أعضائها⁽²⁾.

على أن الغرفة المدنية الثالثة، خارج الفرضية التي اعتمدتها أو بما أن الدعوى العقدية المباشرة لا يفرضها القانون، أي المادتان 1792 و 4 من القانون المدني، تمسكت باجتهادها التقليدي الذي لا يجهز سوى دعوى المسؤولية التقصيرية بين أشخاص غير متعاقدين⁽³⁾.

بيد أن الغرفة المدنية الأولى، في مرحلة جديدة، أعطت صاحب المبنى الإنفاذ من دعوى مباشرة للمسؤولية العقدية من القانون العام ضد المقاول من الباطن الذي نفذ تقديم خدمات، بدون أن تتوخى ذلك، بأن يثبت، في تعابير عامة، «إن الدائن، عندما يقوم المدين بموجب عقدي بتكليف شخص آخر تنفيذ هذا الموجب، لا يحوز ضد هذا الشخص سوى دعوى لها طبيعة عقدية بالضرورة بإمكانه ممارستها مباشرة في الحد المزودج لحقوقه وامتداد تعهد المدين المستبدل»⁽⁴⁾.

واللجوء إلى مفهوم التابع، بعد أن أصبحت الدعوى المباشرة مقبولة كلياً خارج مجال

- تعليقات J.-M. BERLY، المجلة الفصلية للقانون المدني 1986، صفحة 364، ملاحظة J. HUET، صفحة 594، ملاحظة J. MESTRE، صفحة 605، ملاحظة Ph. RÉMY، D.S. 1987، صفحة 185 من الموجز، ملاحظة H. GROUTEL.

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 أيار 1986، D.S. 1987، صفحة 257، تعليقات A. BÉNABENT. وفي فوطية قريبة حكم الغرفة المدنية الثالثة 8 نيسان 1987، D.A. 1987، صفحة 108 من التقرير.

(2) 15 شباط 1989، النشرة المدنية، III، رقم 35، صفحة 20 - 10 أيار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 116، صفحة 84.

(3) انظر P. JOURDAIN، Des résistances et des limites à la jurisprudence sur la responsabilité dans les groupes de contrats، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، رقم 1، صفحة 287 وما يليها، والإستادات المستشهد بها.

(4) 8 آذار 1988، النشرة المدنية، I، رقم 69، صفحة 146 مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة II، G، 20070، ملاحظة P. JOURDAIN، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 551، رقم 3، ملاحظة Ph. RÉMY، صفحة 741، رقم 6، ملاحظة J. MESTRE، J. 1987، صفحة 760، رقم 1 ورقم 2، ملاحظة P. JOURDAIN. انظر في مدخل لمبنى (اكثف الغرفة التجارية باستبعاد المسؤولية التقصيرية)، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 شباط 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 44، صفحة 33، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، الطبعة II، G، 20892، ملاحظة Ph. DUBOIS، D.S. 1987، صفحة 543، نلتقي P. SOURDAIN، السلسلة العامة للتأمين البري، 1887، صفحة 583، نلتقي J. BIGOT - 31 تشرين الأول 1989 (في مدخل استبدال الوصي)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة II، G، 21588، ملاحظة R. DE QUÉNAU DON، وعلى نقض ذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 كانون الثاني 1987 (دعوى تقصيرية)، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 8 - 22 حزيران 1988، D.S. 1988، صفحة 200 من التقرير. وكذلك حكم مجلس الدولة، 6 آذار 1987، (رفض أي دعوى لصاحب المبنى ضد المقاول من الباطن)، D.S. 1987، صفحة 42 من الموجز، ملاحظة Ph. TERNEYRE.

المعقود الناقلة للملكية، غدا بلا تأثير⁽¹⁾. وقد ساهم هذا التوجه الاجتهادي، فضلاً عن ذلك، في إعادة النظر في النظرية الشرعية للإوالية. والدعوى المباشرة للمسؤولية في القانون العام مقبولة بالفعل في امتداد الدعوى المباشرة للضمان، على الأقل من قبل قسم من الاجتهاد، في حين أنه ليس لها أساس قانوني ولا أساس اتفاقي. والبديل الذي تحبس فيه النظرية الشرعية مجموعة الدعاوى المباشرة جرى تجاوزه⁽²⁾. غير أن الغرفة المدنية الأولى لم يكن لديها بعد أي أساس للاستبدال قبل تكريس ما يمكن تسميته النظرية الفقهية للدعوى المباشرة.

III - النظرية الفقهية للدعوى المباشرة

730 - في حين أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض استعادت صراحة المفهوم الفقهي «لمجموعات المعقود» لتسويغ وجود دعوى مباشرة للمسؤولية من القانون العام، ردت الهيئة العامة بكامل أعضائها، وقد أيدت موقف الغرفة المدنية الثالثة، هذا التفسير.

1 - عرض نظرية مجموعات المعقود.

731 - كشف انطلاق الدعوى المباشرة وجود مفهوم المجموعة المعقنة.

اقترح السيد Teyssié بعد أن انتقد بشدة الفقه الذي يبيّن الدعوى المباشرة على القانون حصراً⁽³⁾، معيار استبدال يتيح تسويغ وجود الأوالية ونموها. فانطلاق الدعوى المباشرة، في عرف المؤلف، دعاوى الإيفاء ودعاوى الضمان، يكشف إنشاء علاقات عقدية شرعية في صميم مجموعات المعقود⁽⁴⁾.

ومن المناسب، بدون مناقشة قيمة هذا التأكيد حالياً⁽⁵⁾، تقديم أساس المذهب المسمى «مجموعات المعقود» باختصار وموضعه بتجاوز إلى حد كبير مجال الدعاوى المباشرة وحدها. وهذا الملّح ينجم عن عقد استهلاككي نجد أثره منذ السنوات الأولى للنصف الثاني من القرن العشرين⁽⁶⁾: ضغط الحاجات الاقتصادية الذي يضاعف العمليات المعقدة

(1) انظر بهذا المعنى G. VINEY, L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats in *chaîne de contrats* in D. Holleaux

Mélanges dédiés à D. Holleaux, 1990, صفحة 416.

(2) انظر حول التعبير من هذا البديل، M. COZIAN، الأطروحة الألفية الذكر، رقم 59، صفحة 41.

(3) انظر الرقم 728 السابق.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 476 وما يليه.

(5) انظر الرقم 765 اللاحق.

(6) انظر R. SAVATIER, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1ère

série, Panorama des mutations, الطبعة الثالثة، 1964، صفحة 21 وما يليها.

يعيد النظر في المبدأ الفردي للمفعول النسبي للاتفاقيات⁽¹⁾. والمجموعة العقدية، المحددة بوجود سبب⁽²⁾ أو موضوع⁽³⁾ مشترك مع كل من العقود التي تولدها، تركز هكذا، بتعبير جديدة⁽⁴⁾، على التعبير القانوني للحقيقة الاقتصادية المعاصرة، ونمو الدعاوى المباشرة في صميمها ليس سوى أحد التعبيرات.

واللجوء إلى هذا المفهوم الفقهي تمثل فيه الفائدة المزدوجة، من جهة أولى، في تلافي العقبة التي يشكلها مبدأ المفعول النسبي للمقد بدفع حدود مجال تطبيق العقد إلى المجموعة العقدية⁽⁵⁾، وتسهيل قبول مظاهر جديدة للدعوى المباشرة، من جهة ثانية، ما دام أنها موضوعة داخل مجموعة عقود.

732 - نسق الغرفة المدنية الأولى الدعوى المباشرة للمسؤولية العقدية بمفهوم

مجموعة العقود.

استندت الغرفة المدنية الأولى بالضبط إلى مفهوم «مجموعة العقود»، في 21 حزيران 1988⁽⁶⁾، لكي تقبل، في بعض الظروف الخاصة، وجود دعوى مباشرة للمسؤولية من القانون العام. وكانت، في القضية المعنية، إحدى شركات الطيران مرتبطة بشركة مطارات باريس بعقد إشراف طيراني وبحققتضاء تتعهد هذه الشركة الأخيرة بقطر طائراتها من نقطة

(1) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 15 وما يليه ورقم 54 وما يليه. وكذلك J. NÉRET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 1 وما يليه الذي يأخذ، منذ بداية أطروحته، بأن الحد من الباطن يشكل بنية قانونية تميز «التقيد التام» للالتزامات الاقتصادية الذي ينزع إلى فتويغ المهمات - B. BERLIOZ - HOUIN، *Le droit des contrats face à l'évolution économique* in *Etudes offertes à Roger HOUIN*، 1985، ص 14 وما يليها - F. BERTRAND، *L'opposabilité du contrat aux tiers*، مطبوعة على الآلة الكاتبة، رقم 277 وما يليه، الذي يرى أن تعجيل الوسط الاقتصادي والاجتماعي يدمر إلى إعادة النظر في المبادئ التقليدية للقانون المقود - J. MESTRE، *L'évolution du contrat en droit privé français*، in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*، منشورات PUF، 1988، ص 69، الذي بين أن القانون المعاصر الذي يفرض إدراك الحقيقة الاقتصادية يصطدم بقبة كبيرة في الأعد في الحيزان المجموعات العقدية: مبدأ المفعول النسبي للعقد.

(2) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 176، ص 95، الذي هرف «مجموعات العقود».

(3) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 69، ص 36، الذي يتكلم على «سلاسل العقود».

(4) انظر حول المهمة الخلقة للفق الذي يجب أن يعرف تجديد المفاهيم القانونية، B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 59، ص 28.

(5) انظر Ch. LARROUMET، *L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile* dans les ensembles contractuels، الطبعة I، G، 1986، ص 3357، رقم 12.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 202، ص 141؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة II، رقم 21125 والمجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، ص 782، رقم 1، ملاحظة J.P. JOURDAIN، 1988، ص 356، ص 15294، II، B، 1988، الطبعة D.S. 1989، ص 6، ملاحظة Ch. LARROUMET، D.S. 1989، ص 232 من الموجز و 1989 Daffrénois، ص 356، ملاحظة J. AUBERT، II، 1، 1989، ص 74، رقم 6، ملاحظة J. MESTRE، و ص 107، رقم 3، ملاحظة Ph. RÉMY.

التحميل إلى منطقة الإقلاع. وبسبب عطل السكر الملحق بنظام شد قضيب الجر إلى الطائرة اصطدم الجرار بالطائرة وأحدث ضرراً فيها، مما أدى إلى الإضرار بالشركة. وقد سمحت الغرفة المدنية الأولى لهذه الشركة بمقاضاة صانع السكر مباشرة على أساس المسؤولية العقدية، ببيان «إن المسؤولية العقدية، في مجموعة عقود، تسوس بالضرورة طلب التعويض من جميع الذين لم يصيهم الضرر إلا لأنهم مرتبطون بالعقد الأصلي، وبما أن المدنيين، في هذه الحالة، كان يتوجب عليه بالفعل ترفع قصوره حسب القواعد العقدية المطبقة في هذه المادة، فإن الضحية لا تملك تجاهه إلا دعوى ذات طبيعة عقدية حتى في غياب عقد بينهما».

إن هذا الحكم، وكذلك حكم 8 آذار 1988⁽¹⁾، مع تحية صادقة للفقهاء، أوضح فكرته بتعابير عامة بما فيه الكفاية وبدا أنه لا يستبعد أي نموذج من المجموعة العقدية، بيد أن الأحكام التي قبلت وجود دعوى مباشرة للمسؤولية العقدية ولم تتدخل إلا في صميم السلاسل العقدية عن طريق الزيادة أو الانحراف وليس في مادة المجموعات العقدية ذات البنية الدائرية⁽²⁾، شاء بعض المؤلفين تحليل مدى هذه الأحكام بسلاسل العقود وحدها⁽³⁾.

وهذا الحكم، سواء أكان مطبقاً على المجموعات العقدية أو سلاسل العقود وحدها، اصطدم بمقاومة عينية من الغرفة المدنية الثالثة التي رفضت، إذ أصرت مثلاً على واقع «أنه ليس ثمة أيّ رباط عقدي بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن لمقاوله من الباطن» إن تعدد مجال المسؤولية العقدية خارج الفريقين المتعاقدين في الشأن العقاري⁽⁴⁾.

(1) انظر الرقم 729 السابق.

(2) استبعدت هذه التعابير في أطروحة السيد *Toussaint* المذكورة آنفاً، رقم 73 وما يليه (سلاسل عقود من طريق الزيادة)، رقم 122 وما يليه (سلاسل عقود من طريق الانحراف)، رقم 174 وما يليه (مجموعات عقدية ذات بنية دائرية).

(3) انظر *VINEY*، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 418 وصفاً 419 - *Ch. LARROUMET*، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 حزيران 1988، *D.S.* 1989، صفحة 9 - *P. JOURDAIN*، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 آذار 1988، مصنف الاجتهادات الدورية، 1988، الطبعة II، C، 21070. وكذلك *G. DURRY*، *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*، رقم 120 ورقم 127، صفحة 98.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 حزيران 1988، مصنف الاجتهادات الدورية، 1988، الطبعة II، G، 21125 والمجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 763، رقم 1، ملاحظة *P. JOURDAIN* - 31 أيار 1989، النشرة المدنية، III، رقم 121، صفحة 87 - 21 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، III، رقم 208، صفحة 114 - 8 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، III، رقم 228، صفحة 125 - 13 كانون الأول 1989 (اقتبس الاستشهاد)، مصنف الاجتهادات الدورية، 1990، الطبعة II، G، 21554، ملاحظة *BOUILLOUX - LAFONT* - *D.S.* 1991، صفحة 25، تعليق *J. KULLMANN* - 28 آذار 1990، *D.S.* 1991، صفحة 25، تعليق *J. KULLMANN* - وكذلك حكم مجلس الدولة 11 تموز 1988، *D.S.* 1989، صفحة 223 من المرجز، ملاحظة *Ph. TERNEYRE*.

إن قراءة المعلومات التي نشرها رؤساء الغرفة المدنية الثالثة المتعاقبون تتيح التفكير في أن مفهوم مجموعة العقود تعود بدرجة أقل إلى صعوبة تحديد معيارها⁽¹⁾ مما تعود إلى العدد المهم من السببات التي تولدها، وعلى وجه الخصوص في الشأن العقاري⁽²⁾. على أن الغرفة التجارية، حتى خارج هذا المجال، أكدت موقف الغرفة المدنية الثالثة ببيان أنه ليس في وسع مقابلة النقل أن تجارس دعوى مباشرة للمسؤولية العقدية ضد بائع مقطورات نصفية كانت موضوع عمليات نقل في غياب رباط قانوني بينهما⁽³⁾.

ب - رد نظرية مجموعات للعقود في مادة المسؤولية.

733 - ردت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها مفهوم مجموعة العقود في صدد مسؤولية المقاول من الباطن المدنية في الشأن العقاري.

بُثت الهيئة العامة بكامل أعضائها، في صدد مسألة تتعلق بمهلة التقادم (مرور الزمن) في الشأن العقاري، بنزاع بين الغرفة المدنية الأولى والغرفة المدنية الثالثة. كان صاحب العمل المستقل، في القضية المعنية، قد قاضى في شأن مسؤولية مقاول من الباطن نفذ أشغالاً مختلفة من الرصاصة (صناعة الرصاص)، وأخذ قضاة الأساس بأن المدعى عليه كان بإمكانه الاحتجاج في وجه المدعي بمهلة السقوط العشري عندما لم يكن يملك هذا المدعي إلا دعوى عقدية بالضرورة، في حدود حقوقه وتعهد المقاول من الباطن. كان ذلك استعادة أسباب تسوية حكم الغرفة المدنية الأولى في 8 آذار 1988⁽⁴⁾.

(1) انظر حول هذه النقطة: Ph. DELFRECQUE, La notion de groupe de contrats: quels critères ? 2/1989, صفحة 25 وما يليها.

(2) انظر M. MONÉGIER Du SORBIER, L'action du maître de l'ouvrage à l'égard des sous-traitants, 37, صفحة 37, P. FRANCON, - 1988, المجلد العامة للتأمين البري، 1990, صفحة 488.

(3) 30 تشرين الأول 1989, المجلد العملية للقانون المدني، 1990, صفحة 290, رقم 1, ملاحظة P. JOURDAIN.

(4) المذكور سابقاً.

(5) نشرة الهيئة العامة، رقم 5, صفحة 17؛ مجلة الاجتهاد في قانون الأعمال، 1991, صفحة 583 وما يليها، طلبات R. MOURIER, وتقرير P. LECLERQ, D.S.1991, 549, تعليق J. GHESTIN, مصنف الاجتهادات الدوري، 1991, الطبعة II, G, 21743, ملاحظة O. YINEY, D.S.1991, 321 من المرجز، ملاحظة J. L. AUBERT, وكذلك Ch. LARROUMET, L'effet relatif des contrats actuellement dans les et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les Ch. JAMIN, Une 3531, الطبعة G, 1991, D.S.1991, 257 وما يليها من المحرض. P. JOURDAIN, La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrat, après l'arrêt de

وقد نقضت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها، في 12 تموز 1991⁽¹⁾، الحكم، استناداً إلى المادة 1165 من القانون المدني، بعد أن أعلنت أن «الاتفاقيات لا مفعول لها إلا بين الفريقين المتعاقدين، ببيان أن الدعوى العقدية بالضرورة لا يمكن قبولها ذلك بأن «المقاول من الباطن ليس مرتبطاً عقدياً بصاحب العمل المستقل».

إن وضوح التعليل يلين الاجتهاد الذي اعتمدته الغرفة المدنية الأولى في حكمها بتاريخ 8 آذار 1988 كما في حكمها بتاريخ 21 حزيران 1988⁽²⁾، ويرد، على الأقل في مجال المسؤولية، النظرية المسماة «مجموعات العقود»، وقد رضخت الغرفة المدنية الأولى غير مرة⁽³⁾ لتبني حلاً أخذت به الغرفة المدنية الثالثة⁽⁴⁾ والغرفة التجارية⁽⁵⁾، فأصبحت محكمة النقض مجمعة: صاحب العمل المستقل ليس في وسعه أن يمارس سوى دعوى ذات طبيعة عقدية لخطئ مثبت⁽⁶⁾ ضد المقاول من الباطن.

وقد حكمت الغرفة المدنية الثالثة حديثاً، إذ أدانت ضمناً مفهوم المجموعة العقدية، في وضع قريب، بأن «صاحب العمل والمقاول، المرتبطين بصاحب العمل المستقل باتفاقيات متميزة، بكونهما في علاقات شخصية بالغير (...)، لا يستطيعان كل واحد تجاه الآخر المقاضاة على قاعدة المسؤولية إلا على أساس شبه تقصيري»⁽⁷⁾.

ولا تيدّر أن الدعوى المباشرة ذات الطبيعة العقدية، خارج الغرضيات التي نظمها القانون في مادة البناء⁽⁸⁾، يجب أن تكون مقبولة إلا لصالح المقاول من الباطن ضد بائع سابق من جهة أولى، ومن صاحب العمل المستقل ضد الصانع أو مورّد المواد من جهة ثانية⁽⁹⁾ ويمكن مع ذلك التردد في توسيعها بمفهوم التابع.

= 12 juillet 1991, l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991, D.S. 1992, 149 وما يليها من العرض - B. BOUBLI, 1992, 27 وما يليها. إصانة إلى تقرير محكمة النقض، 1991، رقم 2، صفحة 353 و354، عدم قبول تبين ممكن «إلا أن يكون من الممكن أن يستجاب لها. حسب البطاقة والامن القانوني اللذين يلهمان القضاء».

(1) الحكمان مذكوران سابقاً.

(2) 18 شباط 1994، النشرة المدنية، I، رقم 72، صفحة 155 - 994 - Defrénoy، صفحة 798، رقم 63 و D.S. 1994، صفحة 210 من الموجز، ملاحظة Ph. DELEBOQUE، مصنف الاجتهادات الدورية، 1994، الطبعة I، 3781، رقم 11 ورقم 12، ملاحظة Ch. JAMIN، 1992، 7 تموز 1992، النشرة المدنية، I، رقم 221، صفحة 147 - 23 حزيران 1992، النشرة المدنية، I، رقم 195، صفحة 131.

(3) 11 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 319، صفحة 188. انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، III، رقم 299، صفحة 184.

(4) 4 أيار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 173، صفحة 122.

(5) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 18 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية، III، رقم 299، صفحة 184.

(6) 17 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، III، رقم 146، صفحة 96.

(7) انظر الرافعين 800 و 801 اللاحقين.

(8) انظر الرقم 746 اللاحق.

734 - الأساس الغامض للدعوى المباشرة.

يمكن استخراج تعليم مزدوج من دراسة ظهور الدعوى المباشرة خلال القرنين التاسع عشر والعشرين وانتشارها.

وينتج قبولها، من جهة أولى، عن الجهود المشتركة بين الفقه والاجتهاد في بعض أوضاع واقعية حيث ظهر تطبيق المادتين 1165 و2092 من القانون المدني مصطلحاً بالمعنى المشترك للإنصاف أكثر مما نتج عن الإرادة التشريعية. ومنذ ذلك الوقت لم يكن مفهوم الدعوى المباشرة الشرعوي الذي يشكل موقفاً إرادياً أكثر مما يشكل التعبير عن الحقيقة التاريخية يتيح فهم علة وجودها.

ولا يؤدي التسويغ التقليدي الذي قدمه الاجتهاد لقبول الإفادة من الدعوى المباشرة للضمان، أي مفهوم التابع، إلى انضمام مجموعة الفقه ولم يعد يثار منهجياً من قبل محكمة النقض حتى في مادة المبيعات المتعاقبة⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أن اللجوء إلى هذا المفهوم لتسويغ الدعوى المباشرة للمسؤولية العقدية من القانون العام المبينة على غياب مطابقة الشيء المسلم التي يمارسها صاحب العمل المستقل ضد الصانع أشد صعوبة⁽²⁾، إلا أن يعتبر أن موجب التسليم، وذلك منازع فيه، تابعاً لملكية الشيء المندمج في العمل المستقل المنقول بمفعول عقد المقولة⁽³⁾.

ومثل ذلك الحين لم تعد الدعوى المباشرة للضمان أو المسؤولية مطلقاً مسوغة بإوالية تقليدية لمفهوم التابع بشكل أساسي، بدون أن يكون لها أساس قانوني حصراً طالما أنها انتشرت في غياب نص تشريعي⁽⁴⁾. يضاف إلى ذلك لا يبدو أنها مبنية على مفهوم المجموعة

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 45، صفحة 30؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة I.G، 3664، صفحة 274 وصفحة 275، ملاحظة J. GHESTIN (يؤكد الحكم فقط أن دعوى الفسخ لعب غني التي يمارسها مكتب الملكية الثاني هي دعوى سلفه) - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 251، صفحة 148؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة I.G، 3570، ملاحظة Ch. JAMIN (تكون الدعوى مبنية على عقد البيع الأصلي) - 14 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 271، صفحة 159 (لم يخط أي شرح على أساس الدعوى) - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 آذار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 72، صفحة 39 - حكم الغرفة التجارية، 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 250، صفحة 186. انظر مع ذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة، 26 أيار 1987، النشرة المدنية، III، رقم 168، صفحة 102 - حكم الغرفة المدنية الأولى 28 تشرين الأول 1991 (غير المنشور)، عفود استهلاك، 1992، رقم 25، ملاحظة L. LEVENEUR (يشجع صاحب العمل المستقل، كما مكتب الملكية الثاني، بجميع المحرق والدعوى المرتبطة بالشيء المأذون لسلته).

(2) حكم الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها، 7 شباط 1986 المذكور سابقاً.

(3) انظر J. KULLMANN، تعليق على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1988 و28 آذار 1990 المذكوران.

(4) إن مختلف النصوص التي، بهذه الصفة، تنشر دعوى مباشرة لصالح مكتب الملكية أو مكتب الملكية الثاني، سواء في حق البناء أو في حق الاستهلاك أو في مادة مسؤولية المتوجات المشوبة بالجب، لا تسمح

العقدية الذي أدانته الهيئة العامة بكامل أعضائها حتى خارج مجال المقاتلة من الباطن العقارية. فالدعوى المباشرة للإيفاء والدعوى المباشرة للضمان والمسؤولية هما اللتان ليس لهما أساس مؤكد. وكذلك من المناسب طرح مسألة طبيعتهما القانونية.

المقبرة 2 - للطبيعة القانونية للدعوى المباشرة

735 - لم يعد من الممكن بالتالي الدفاع عن الطبيعة القانونية الصرف للدعوى المباشرة⁽¹⁾. وتبذل المادة 1165 الصلبة من القانون المدني من جديد متعارضة مع قبول الإلالية إلا أن يعترف بوجود رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي. ويمكن أن يتبع هذا الرباط بديهيًا إما عن مفاهيم تقليدية متحدرة من القانون المدني وإما عن مفهوم فقهي، ومنذ وقت أحدث عن «مجموعة العقود».

وإذا كان النقاش حول الأولى قد نضب تدريجاً فقد قام إلى حد كبير طوال القرن التاسع عشر⁽²⁾. ويمكن مع ذلك أن يستعاد بسبب تحولات عديدة ممكنة في تحليل بعض المفاهيم التقليدية وظهور مظاهر جديدة للدعوى المباشرة.

أما النقاش حول مفهوم «مجموعة العقود» فقد بدا ضرورياً، ذلك بأن هذا المفهوم، رغمًا عن إدانة الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها الدعوى المباشرة للمسؤولية⁽³⁾، احتفظ بقيمته بالنسبة إلى أغلبية الدعاوى المباشرة.

وسنحاول استعادة التحليل الأصلي للإلالية هذا النقاش المزدوج الذي يتيح فهم حلة وجودها ولاسيما بالنسبة إلى مبدأ نسبية الاتفاقيات.

I - التحليل التقليدي

736 - متفرق، باستعادة القسمة التي أجراها فقه القرن التاسع عشر، بين التحاليل التي تجعل من الدعوى المباشرة نتيجة لإلالية أخرى والتحاليل التي تستبدل بها إلالية أخرى.

ومستعيد ضمتاً، بمقارنة الدعوى المباشرة بإليات أكثر تقليدية ومتحدرة عموماً من القانون المدني، التفريق الذي نظره Solus⁽⁴⁾ بين الدعاوى المباشرة بالمعنى الواسع وهي

- بالأخذ بأن الدعوى المباشرة، في هذه الأوضاع، هي «قانونية» عندما لا تقوم هذه النصوص إلا باستعادة ممارسة اجتهادية سابقة أو إطلاقها. انظر حول هذه النقطة Ch. JAMON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 205 وما يليه.

(1) انظر الرقم 374 السابقة علامتنا.

(2) انظر الرقم 720 السابق.

(3) انظر الرقم 733 السابق.

(4) انظر الرقم 723 السابق.

الدعوى المباشرة المتحددة من إوالية أخرى (كالاشرط لصالح الغير وحوالة الحق النخ)، والدعوى المباشرة بالمعنى الضيق التي يتعلز تقليصها إليها⁽¹⁾. وإذا احتفظنا به مع عدم الاهتمام إلا بالدعوى الثانية عند الكلام على «دعوى مباشرة»، فذلك لأن هذا التفريق وحده يحلل خاصيتها. والحق المباشر، على سبيل المثال، الذي يستفيد منه الغير ضد الواعد هو نتيجة طابع الاشرط لصالح الغير الذي يشكل قبل أي شيء «عقداً بولد حقاً لصالح الغير»⁽²⁾، وهذا ما تحققة الدعوى المباشرة بالمعنى الضيق.

أ - نتيجة إوالية أخرى

737 - معظم الإواليات القانونية التي تسمح بخلق رباط قانوني بين الدائن ومدينه الفرعي وينجنب عقبة تشكلها المادة 1165 من القانون المدني مبنية على إرادة المدين الوسيط، وترتكز الإواليات الأخرى على صفة دينه تجاه مدينه الفرعي أو على حق الملكية الذي يحوزها، وهكذا يقتضي التفريق بين الإواليات الذاتية والإواليات الموضوعية.

1) الإواليات الذاتية

738 - إنها، وهي ثار تارة في صدد الدعوى المباشرة للإيفاء وطوراً في الدعوى المباشرة للضمان، إواليات الاشرط لصالح الغير وحوالة الحق والإناية والحلول الشخصي والفضول.

739 - الاشرط لصالح الغير.

إذا كان الاشرط لصالح الغير يجري التمسك به في مجال الدعوى المباشرة للإيفاء⁽³⁾، فغالباً ما كان ذلك أيضاً على أساس المادة 1122 من القانون المدني لتسويغ الدعوى المباشرة للضمان التي يحوزها مكتسب الملكية الثاني⁽⁴⁾. والمقارنة في الحالتين بين

(1) انظر في شان غياب ضمني للتفريق Ch. LARROUMET، المرجع عنه، رقم 795، صفحة 857.

(2) Ch. LARROUMET، المرجع عنه، رقم 802، صفحة 867.

(3) انظر LARROUMET، La relativité des conventions en privé positif français، رقم 444 وما يليه، الذي يعبر مع ذلك عن بعض التكتسب - 1938، «موسوعة Dalloz»، 1939، رقم 444 وما يليه، الذي يعبر مع ذلك عن بعض التكتسب - L. JOSSERAND، تعليق على حكم غرفة العرائض، 30 تشرين الثاني 1926، D.P.1928، 1، صفحة 60، وعلى النقض المدني، 11 تموز 1932، D.P.1933، 1، صفحة 7 - النقض المدني، 6 أيار 1936 (الضمني)، D.H.1935، صفحة 364 - H. LALOU، تعليق على حكم محكمة استئناف باريس، 22 نيسان 1936، D.P.1936، 2، صفحة 66.

(4) انظر A. WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 506، صفحة 871. بالإضافة إلى J. LEPARGNEUR، De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis، المجلد الفصلية للناون المدني، 1924، صفحة 501، رقم 5 - J. H. DU GARREAU، DE LA MÊCHENIE، La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de

الدعوى المباشرة والاشتراط لصالح الغير ليست مع ذلك حاسمة.

إن قصديتي الإلزاميتين مميزتان بالفعل. فالدعوى المباشرة، كما سنرى⁽¹⁾، تشكل إولية تصحيحية للمادة 1165 من القانون المدني التي تدل على التشابك بين صراحة مبدأ المفعول النسبي للعقد وأمر الإنصاف، في حين أن الاشتراط لصالح الغير هو استثناء للمادة 1165. يضاف إلى ذلك أنه إذا كانت الدعوى المباشرة تتعارض مع القانون العام للدعوى غير المباشرة (oblique)، فليس ذلك حال الحق المباشر للغير المستفيد ضده؛ الواعد الذي إذا يعاقب الدين نفسه للمدين، لا يتمثل كشذوذ عن المادة 1166 من القانون المدني: لأن الغير المستفيد هو دائن الواعد فهو يستفيد طبيعياً من دعوى هذه؛ والتعبير «مباشرة» ليس بالتالي سوى⁽²⁾.

ومسألة الطابع «المباشرة» للدعوى طرحت في حقبة كان يسوغ فيها الاشتراط لصالح الغير بنظرية الإيجاب⁽³⁾. والمشتراط في هذا النظام يقدم إيجاباً للغير الذي يشكل قبوله عقداً بينهما. وبما أن الغير يصبح خلفاً للمشتراط، فإن هذا المشتراط هو الذي يكتسب الملكية في أول الأمر لنفسه قبل أن ينقل الكمية المكتسبة في ذمته المالية. وإذا لم تكن نظرية الإيجاب معتمدة فلا يمكن أن تمر القيمة المكتسبة عبر ذمة المشتراط المالية، لأن رباطاً مباشراً في الأصل ولد بين الغير المستفيد والواعد. وكان استخدام تعبير الدعوى «المباشرة» يهدف إلى تأكيد التخلي عن مفاعيل نظرية الإيجاب أكثر مما يهدف إلى انتظام هذه المفاعيل⁽⁴⁾.

إن الاشتراط لصالح الغير والدعوى المباشرة لهما، فضلاً عن ذلك، أساسان قانونيان متميزان. ففي حين أن الاشتراط لصالح الغير الناجم عن إرادتي المشتراط والواعد هو عقدي بشكل أساسي⁽⁵⁾، فإن الدعوى المباشرة خارجة عن إرادة الفريقين.

B. SOINNE, La responsabilité des - 224 صفحة 1944، المجلة الفصلية للقانون المدني، son auteur
J. مقدمه 1969، L.G.D.J. مشهورات et des entrepreneurs après la réception des travaux
PATARIN، الجزء I، رقم 91، صفحة 203.

(1) انظر الرقم 783 اللاحق.

(2) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 26، صفحة 19 - R. DEBRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 51.

(3) انظر الرقم 642 السابق وما يليه.

(4) انظر M. LABORDE - LACOSTE، Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français، أطروحة في بوردو، 1916، صفحة 63 وما يليها.

(5) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 197، صفحة 126 - Ch. LARROUMET، Les - 148 صفحة 340، رقم 150، صفحة 343 وما يليها - G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1121 والبنود 1122، الكراسة 1، رقم 132 - M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 354، صفحة 488. وعلى نقيض ذلك A. WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 419، صفحة 734 و صفحة 735.

على أنه بالإمكان محاولة المقارنة بين الإوايتين بالتشديد على انتشار الاشتراط لصالح الغير فيغدو من الممكن عند الأخذ بأن مكتسب الملكية بالتعاقد مع بائع أو المؤمن مع المؤمن أن يشترط الأول لصالح مكتسب الملكية الثاني والثاني لصالح الضحية. بيد أنه يجب، هنا أيضاً، أن يبرهن على وجود إرادة، ولو كان التعبير عنها ضمناً، في حين أن الدعوى المباشرة تستبعد حتى ضرورة أي إرادة. يضاف إلى ذلك أن «الاكتشاف» الاجتهادي للاشتراط الضمني لصالح الغير في بعض العقود، حتى ولو كان له نجاح مميز⁽¹⁾، يشكل خدعة⁽²⁾ أو حيلة⁽³⁾ لا يمكن تسويغ كل منهما إلا بضباب أسلوب آخر يتيح الوصول إلى نتيجة مماثلة، وليست الحال هنا على هذا النحو.

ثمة خلافات عديدة في النظامين، في أي حال، لا تتيح تسويغ الدعوى المباشرة بالاشتراط لصالح الغير.

فالاشتراط لصالح الغير أولاً لا يتيح تحليل نظام لاحجية الدفع المطبقة في مادة الدعوى المباشرة للإيفاء. وهكذا لا تتوافق، في تأمين المسؤولية، لاحجية الاستحقاقات اللاحقة للحدوث ضد الغير الملاحق⁽⁴⁾ وكذلك البتة في شأن ضمان المؤمن⁽⁵⁾، مع العلاقات التي يقيمها الاشتراط لصالح الغير بين الواعد والغير المستفيد. والدعوى المباشرة، على عكس الاشتراط لصالح الغير، تتيح لمن يتمتع بها حيازة حقوق أكثر من حقوق المدين الوسيط.

ثم إن المدين الوسيط والمدين الفرعي لا يستطيعان الطعن في الدعوى المباشرة التي يمارسها الدائن ذلك بأنها تشكل امتيازاً معترفاً به لهما خارج لإرادتهما⁽⁶⁾. وبالمقابل يستطيع المشرط والواحد، بكون الاشتراط لصالح الغير إرادية عقدية، تعديل حق الغير قبل أن يكون قد قبل الاشتراط.

(1) انظر في مدد نقل الدم: المحكمة البناية في نيس، 27 تموز 1992، D.S.1993، صفحة 38، تعليق D. VIDAL، حكم محكمة استئناف باريس، 28 تشرين الثاني 1991، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة II، G، تعليق M. HARICHAUX.

(2) الشخصية: شروطها، رقم 186، صفحة 221.

(3) Ph. MALAURIE et L. AYNES، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 873، صفحة 375 وصيغة 376.

(4) النقض المدني، 15 حزيران 1991، المجلة العامة للتأمين البري، 1931، صفحة 801، تعليق M. PICARD، S. 1932، 1، صفحة 189، تعليق P. ESMEIN. وهذا الحل الناجم من مبادرة مستقلة أكتته المادة 1-124 من قانون التأمين.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 28، صفحة 28، مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة II، G، ملاحظة G. DURY، 1985 D.S.، صفحة 216، تعليق Y.J. - 23 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 36، صفحة 34 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 نيسان 1987، النشرة المدنية، III، رقم 80، صفحة 48، D.S.1988، صفحة 153 من السورج، ملاحظة J.-Cl. BERR et H. GROUDEL.

(6) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 320، صفحة 198.

يضاف إلى ذلك أن المدين الوسيط، في حين أن المشتراط بإمكانه مقاضاة الواعد لإجباره على تنفيذ تعهده تجاه الغير، لا يحوز على الإطلاق دعوى كهذه ضد المدين الفرعي الذي لا يتخذ الموجب الملحق على عاتقه لأن الدعوى المباشرة لا بولدها العقد الذي يربطهما.

والدعوى المباشرة أخيراً، وهي نفع معطى للدائن، لا يمكن، في أي حال، أن تكون ناقلة موجب على عاتقه وأن تساهم في تكوين عقد ملزم للطرفين لحساب الغير على عكس الاشتراط لصالح الغير⁽¹⁾.

وينبغي أن يضاف إلى هذه الفوارق فارقان آخران أتاحا للفقه رفض ترويج الدعوى المباشرة للضمان بمفهوم الاشتراط لصالح الغير⁽²⁾، فالاشتراط لصالح الغير، من جهة أولى، يفترض قبول الغير الذي بإمكانه أن يرفض دائماً. وفي وسعه في هذه الحالة أن يقاضي على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية مما هو مناقض للاجتهاد الذي يؤكد أن الدعوى ذات طبيعة عقدية بالضرورة⁽³⁾. والاشتراط لصالح الغير، من جهة ثانية، يلتمس فائدة معنوية على الأقل للمشتراط. والحال أن هذه الفائدة غير أكيدة طالما أن المدين الوسيط يمكن دائماً أن يكون مسؤولاً تجاه حائز الدعوى.

740 - حوالة الحق.

لجأ الاجتهاد أحياناً إلى مفهوم حوالة الحق لتفسير الدعوى المباشرة للإيفاء⁽⁴⁾ وكذلك الفقه لتسوية الدعوى المباشرة للضمان⁽⁵⁾.

وإذا كان ثمة تشابه بين الدعوى المباشرة والدعوى التي يحوزها المتنازل له ضد المدين المحال عليه، فإن هذه الدعوى يجب أن لا تفتتح الفوارق العديدة التي سمحت لمحكمة النقض بإدانة معالتهما⁽⁶⁾.

(1) انظر الرقم 631 السابق.

(2) S. GHESTIN, Traité des contrats: la vente, 1990, L.G.D.J, رقم 1029, صفحة 1049 - تأليف J. GHESTIN et B. DÉSCHÊ, منشورات Ph. MALINVAUD, L'action directe du maître de - 1049, D.S.1984, 43 - صفحة 43 من العرض Soliloque sur la transmission de l'action en garantie des agissements, B. BOUBLI, الطبعة I, G, 1974, رقم 13.

(3) انظر الرقم 720 السابق.

(4) انظر التقض المدني، 29 تشرين الأول 1928، D.P.1930، 1، صفحة 33، تعليق A. ROUAST. (5) R. RODIÈRE, تعليق على حكم محكمة Aix - en provenance، 5 تشرين الأول 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1955، II، 8548، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 94، صفحة 80 - B. GROSS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 192، صفحة 185، R. SAYATIER، تعليق على حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1973، مصنف الاجتهادات الدوري 1975، الطبعة II، G، 17912.

(6) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 آذار 1968، 1970، D.S، 1، صفحة 663، تعليق Ph. JESTAZ.

وتعود هذه الفوارق إلى طبيعتهما القانونية المتميزة. فحوالة الحق، من جهة أولى، ما أن تتحقق حتى يصبح من المتعذر على المتنازل له مقاضاة المتنازل. والقاعدة هي كذلك على الأقل عندما تكون حوالة الحق قد تمت مجاناً⁽¹⁾. وفي ما يتعلق بالحوالة بعرض تحلده المادة 1693 من القانون المدني أن المتنازل (المحيل) يضمن وجود الدين «في أوتة النقل» ولا يضمن ملاءة المدين المحال عليه⁽²⁾. وبالمقابل لا تمنعه ممارسة دعوى مباشرة، عندما تشكل ضماناً إضافياً له عاتزهما، على الإطلاق مقاضاة المدين الوسيط الملزم بالتضامن مع المدين الفرعي⁽³⁾. ولحوالة الحق من جهة ثانية طبيعة اتفاقية، واتفاق الفريقين مفترض، في حين أن الدعوى المباشرة هي امتياز أجنبي عن إرادة المدين الوسيط والمدين الفرعي⁽⁴⁾.

ويصطدم اللجوء ذاته إلى إرادة الفريقين المفترضة لتفسير نقل الضمان بحوالة الحق باعتراضات جذية، فمكتسب الملكية الذي، بعد أن يتحقق من عيب الشيء، يبيعه ثانية بشمن مخفض ويريد بالتأكد الحفاظ على الإفادة من الضمان لكي يعرض عليه البائع. ولا يمكن الافتراض أنه توخى التنازل عنه خشية أن يخسر دعواه باحتجاج البائع بالتنازل⁽⁵⁾. كما أن مكتسب الملكية الثاني الذي يشتري شيئاً مشوباً بعيب يظهر له فيمكن شرعاً كردة فعل أولى القيام بالتصليحات والمفاوضة على تخفيض الثمن مع بائعه. وإذا كانت دعوى الضمان، رغمًا عن كل شيء، جرى التنازل عنها، يمكن ليطالها لعدم وجود مقابل في غياب نية المتنازل في التبرع⁽⁶⁾.

وأنواع التباين الأخرى تتعلق بالنظام القانوني للإلزاميتين. فحوالة الحق تفترض أولاً إتمام المعاملات المبنية في المادة 1690 من القانون المدني، وليست الحالة على هذا النحو أبداً في الدعوى المباشرة. ومبدأ حجية الدفع المطبق في حوالة الحق، فضلاً عن ذلك، لا يحل نظام الدعوى المباشرة التي، إذ تعطي حائزها حقاً مستقلاً جزئياً، تتبع له التمسك بحقوق أكثر من حقوق المدين الوسيط ضد ذاته الفرعي⁽⁷⁾. والنقل يتم بين الفريقين، أخيراً، ما أن يعطيا موافقتهما على حوالة الحق. فيتعذر على المتنازل عندئذ الاعتداء على الحقوق

(1) انظر MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عنه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 1273، صفحة 1292.

(2) انظر B. STARCK، المرجع عنه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 48، صفحة 29.

(3) انظر B. STARCK، الفهرس المدني V الدعوى المباشرة، 1970، رقم 20، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 84، صفحة 55. وكذلك Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 410 وما يليه والإسنادات المستشهد بها.

(4) انظر Ph. JESTAZ، تعليق على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 آذار 1968، المذكور سابقاً.

(5) J. GHESTIN et B. BESCHÉ، المرجع عنه، رقم 1030، صفحة 1050.

(6) انظر J. CARBONNIER، تعليق في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1955، صفحة 674، رقم 1.

(7) انظر الرقم 841 اللاحق.

التي اكتسبها المتنازل له، إلا أن يكون مسؤولاً تجاهه⁽¹⁾. والمقابل، في ما يتعلق بالدعوى المباشرة غير الكاملة، بإمكان المدين الوسيط شرعاً إقامة دعوى الإيفاء ضد مدينه إلى أن يمارس الدائن دعواه⁽²⁾.

741 - الوكالة.

هذه الإوالية التي نادراً ما يثيرها الفقه لا تتيح تسويغ الدعوى المباشرة للإيفاء ولا دعوى الضمان والمسؤولية من القانون العام: لا يمكن أن يماثل الدائن بموكل يقاضي مدينه مدينه الذي يوصف بالوكيل⁽³⁾.

ثمة دعوى مباشرة ثنائية الجانب كان من المراد، بصورة أخص، تفسيرها بمبدأ التمثيل، ويملكها الموكل على أساس المادة 1994، الفقرة 2، من القانون المدني، ضد الوكيل المستبدل، ودعوى أخرى، على العكس، يمنحها الاجتهاد للوكيل المستبدل ضد الموكل⁽⁴⁾. وهكذا ظن السيد Cozian أنه «لا شيء يمنع (...) التمثيل من القيام بدور على درجتين»⁽⁵⁾. ومع أن محكمة النقض بدا أنها قبلت ذلك ضمنياً بالحكم بأن الموكل والوكيل المستبدل متحدان «برباط عقدي»⁽⁶⁾، فقد جرى، بصواب، بيان أن مفهوم التمثيل كان بلا تأثير، ذلك بأنه، إذ يؤدي مبدئياً إلى زوال تمثيل الوكالة منذ إبرام العقد⁽⁷⁾، لا يمكن تفسيره في مادة استبدال الوكالة، إذ يبقى الوكيل الأولي، وهو أبعد من أن يكون أجنبياً عن المهمة التي أنيطت به، «على العكس الشريك الأساسي للموكل»⁽⁸⁾.

742 - الإنابة.

من السهل التفريق بين الدعوى المباشرة والإنابة في الدين، مع أنه جرى الأخذ أحياناً

(1) M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع فيه، الجزء VII، تأليف J. RADOUANT، رقم 1128، صفحة 449.

(2) انظر الرقم 833 الألاحق.

(3) انظر حول السألة Ch. JAMIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 242 وما يليه.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الأول 1987، D. 1961، صفحة 491، تعليق J. BEGOT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1961، صفحة 700، ملاحظة G. CORNU، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 233، صفحة 174 - 19 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 102، صفحة 71 - 5 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 320، صفحة 231.

(5) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 71، صفحة 47.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1958، النشرة المدنية، II، رقم 47، صفحة 38.

(7) انظر الرقم 582 السابق.

(8) M. CABRILLAC، مقالة، 1988، Litée منشورات، Ph. PETEL، Les obligations du mandataire، رقم 360، صفحة 227، ورقم 333 وما يليه.

بأن الدعوى المباشرة ليست سوى مفعول الإنابة في الدين⁽¹⁾.

إن للإنابة، من جهة أولى، أساساً عقدياً يتطلب رضا كل من الطرفين في العملية⁽²⁾، وليست الحال كذلك في الدعوى المباشرة. وأكثر من ذلك يلتصق تعبير «مباشرة» عموماً بالحق الذي يحوز به المنيب لديه ضد المنيب⁽³⁾. وليس هدفه سوى بيان استقلالية علاقتهما وليس الهدف إحالة العلاقة التي تربطهما، فهذا الرباط لا يفترق عن الرباط الذي يقيمه أي دائن بحديته.

والمنيب، من جهة ثانية، ما عدا ما يتعلق بالدفع المستخرج من لا شرعية الموجب الأولي الذي يربط المنيب بالمنيب، ليس في وسعه الاحتجاج في وجه المنيب لديه بأي من الدفعات التي يمكنه الاحتجاج بها ضد المنيب⁽⁴⁾. وبالمقابل لا تجعل الدعوى المباشرة التي لا تنشأ علاقة جديدة جزئياً بين المدين الفرعي والدائن سوى الدفعات الناجمة من ولادة الدين وحدها غير محتج بها ضد الدائن، بالنسبة إلى دعوى مباشرة كاملة، أو بعد ممارسة الدعوى في ما يختص بدعوى مباشرة غير كاملة⁽⁵⁾.

وقد جرى الأخذ⁽⁶⁾، مع أن إولاية «الإنابة» في إيرادات شريط سينمائي لا تشكل إنابة شرعاً⁽⁷⁾، وقد نظمها قانون 22 شباط 1944⁽⁸⁾، فإن هذه الإزالة تنتمي إلى الدعوى المباشرة. على أن كون حائزها، أي مقرض المال، يتغلب عليه، استناداً إلى المادة 8 من النص، الدائنون الذين يتمتعون بامتياز يتبع الشك في صحة هذا الوصف⁽⁹⁾. كما أن بعض المؤلفين يفضل الكلام على حوالة الحق، حتى على «زمن عقاري لصالح الدين»⁽¹⁰⁾.

743 - الحلول الشخصي

نادراً ما حالف النجاح تسوية الدعوى المباشرة بالحلول الشخصي⁽¹¹⁾، ذلك بأن هاتين

(1) انظر الإشارات التي استشهد بها B. STARCK، المقالة المذكورة سابقاً رقم 18.

(2) انظر M. BILLIAU، *La délégation de créance - Essai d'une théorie générale de la délégation en droit des obligations*، منشورات L.G.D.J، 1989، صفحة J. GHESTIN، رقم 139 وما يليه.

(3) M. BILLIAU، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 139 وما يليه.

(4) M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 302 وما يليه. بيد أن المسألة تطرح لمعرفة ما إذا كان المنيب بإمكانه الاحتجاج ضد المنيب لديه بالدفعات التي يمكن أن يملك بها المنيب، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 آذار 1992، وحكم الغرفة التجارية، 25 شباط 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة II، G، 21922، تعليق M. BILLIAU.

(5) انظر الرقم 833 اللاحق.

(6) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 276 وما يليه.

(7) M. BILLIAU، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، رقم 391، صفحة 366.

(8) أصبح النص القانوني مندمجاً بالمواد 31 إلى 44 من قانون الصناعة السينمائية.

(9) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 144، صفحة 114.

(10) D. LEGBAIS، *Les garanties conventionnelles sur créances*، منشورات Economica، 1986، ترجمة J. STOUFFLET.

(11) Ph. RÉMY، مقدمة STOUFFLET، رقم 379، صفحة 219.

(12) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 246، صفحة 217، والإشارات المستشهد بها.

الإراليين كل منهما بعيدة كل البعد عن الأخرى.

فقبول الدعوى المباشرة خارج شروط المادة 1250 من القانون المدني لا يتيح خلطها بالحلول الاتفاقي. ويضاف إلى ذلك أن الإيفاء المسبق أو الملازم الذي تفرضه من حيث المبدأ محكمة النقض⁽¹⁾ لقبول الحلول بقوة القانون لا يتوافق مع مختلف مظاهر الدعوى المباشرة⁽²⁾.

ومن المناسب الإجابة على السؤال المتعلق بالطابع الحلولي للدعوى المباشرة للضمان - إيفاء مكتسب الملكية الثاني الثمن يجعله محل محل سلفه في حقوقه - بالنفي. فهذا الإيفاء، من جهة أولى، لا يشكل. على عكس بيع الشيء، الفعل المولد للدعوى المباشرة: بإمكان مكتسب الملكية الثاني مقاضاة البائع السابق مع أنه لم يسدّد الثمن بعد. ونظماً للحلول والدعوى المباشرة متميزان من جهة ثانية: الحال، على عكس حائز الدعوى المباشرة، يساهم مع دائي المحل ويمكن أن يحتج المدين ضده بمجموعة الدفع التي يستطيع هذا المدين الاحتجاج بها في وجه المحل.

كما أن محكمة النقض فرقت بين الدعوى المباشرة للضمان والحلول إذ حكمت، ومكتسب الملكية الثاني يحوز دعوى عقدية مباشرة وليس دعوى حلول، بأنه لا مجال للبحث عما إذا كان العيب خفياً بالنسبة إلى البائع الوسيط⁽³⁾.

744 - الفضول.

جري التمكن من اللجوء إلى الفضول لتسوية قبول الدعوى المباشرة في عدد من الأوضاع، مع أن التفسير بقي هامشياً.

وهكذا أثير الفضول، من جهة أولى، لتسوية الدعوى المباشرة للعامل ضد رب العمل⁽⁴⁾، ومن جهة ثانية لتسوية الدعاوى المعترف بها لصالح الضحايا في مادة تأمين

(1) J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, منشورات L.G.D.F., 1978, مقدمة P. KAYSER, رقم 4, صفحة 7. قارن بتلخيص شرط تلازم الإيفاء بالحلول في مادة وسيلة تحصيل الديون في حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 كانون الثاني 1990، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 661، رقم 9، ملاحظة J. MESTRE. 20 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، رقم 48، صفحة 30. وكذلك P. CHAUMETTE, *La subrogation personnelle sans paiement*, المجلد الفصلية للقانون المدني، 1986، ولا سيما رقم 36 وما يليه، صفحة 47 وما يليها.

(2) يسمح بالتردد في مادة استبعاد المصاريف. غير أن المحامي، أو الوكيل لا يقوم إلا بتقديم «سلفات» لصالح زبائنه، وعيب الإيفاء يقع على حائز الفريق المتخلف من الحضور في حالة ربح الدعوى.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 250، صفحة 188.

(4) الجزء II، Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, الطبعة الثانية، رقم 139، صفحة 144 وصفحة 145 - M. TROPLONG, *Traité de l'échange et du louage*, الجزء III، رقم 1049، صفحة 259.

المخاطر الإيجارية⁽¹⁾، حتى تأمين المسؤولية من القانون العام⁽²⁾. كما أن بعض المؤلفين لجأ إلى هذا المفهوم لتخصيص تعويضات تأمين بالدائنين المرتهنين العقاريين وأصحاب الامتياز⁽³⁾ أو إلى دعوى استبعاد المصاريف⁽⁴⁾.

يبد أن المدين الوسيط، في مجموعة الفرضيات المعنية⁽⁵⁾، مجرد من نية الإدارة animus gerandi، في حين أن ذلك راجع في الفضول⁽⁶⁾. وخاصية النظام القانوني لشبه العقد هذا لا يتيح، فضلاً عن ذلك، تحليل الحلول المقبولة في مادة الدعوى المباشرة.

وعلى سبيل المثال برهن Solus بشكل مدعش على أن دعوى العمال المباشرة إذا كانت متحلدة من الفضول، فإن رب العمل لن يكون ملزماً تجاههم في الحد الذي ما يزال ملتزماً به تجاه المقاول عندما يمارس هؤلاء دعواهم استناداً إلى المادة 1375 من القانون المدني، مما يسمح للعمال تحصيل مجموع «التفقات التامة حتى ما يعادل قانض القيمة الذي أصاب الشيء بالأشغال المتلفة»⁽⁷⁾. كما أن نظام الفضول، المطبق على تأمين المسؤولية، يوجب على الضحية ما أن يتم التعويض عليها أن تسدد للمؤمن الفضولي علاوات التأمين المدفوعة للمؤمن⁽⁸⁾.

(2) الإواليات الموضوعية

745 - أساسان قانونيان لا يعودان في شيء إلى إرادة المدين الوسيط والمعلن الفرعي جرت إثارتهم لتسوية بعض مظاهر الدعوى المباشرة ولهما علاقة بالقول المأثور التابع يلحق بالأصل، وكذلك بالحلول الحقيقي.

(1) انظر حكم غرفة المرافض، 31 كانون الأول 1962، Dalloz الدوري 1863، 1، صفحة 423. وكذلك R. 170 وما يليها لاجatif Assurance du risque locatif privilégiés et PHILIBERT، المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1880، الأسبوع الثاني، صفحة 454.

(2) انظر بالنسبة إلى الدراعات الناقدة A. PLANQUEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 72 وصفحة 73. L. SERGENT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 130 وصفحة 131. P. DENAVE، Rapport.

(3) entre la responsabilité civile et l'assurance M. CANCEL، De l'attribution légale des indemnités d'assurances aux créanciers privilégiés et hypothécaires، أطروحة في تولوز، 1901، صفحة 29.

(4) Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، رقم 140، صفحة 145.

(5) انظر مع ذلك بالنسبة إلى الحالة الخاصة لاستبعاد المصاريف Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، 249، صفحة 222.

(6) R. BOUT، La gestion d'affaires en droit français contemporain، منشورات L.G.D.J، 1972، مقدمة P. KAYSER، رقم 22، صفحة 19.

(7) H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 156، صفحة 214.

(8) A. PLANQUEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 73. وحول مجمل المسألة، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 247 وما يليه.

746 - القول المأثور التابع يلحق بالأصل يثار دائماً في ثلاث سلاسل من الفرضيات .

يتيح مفهوم التابع اليوم تسويغ الدعوى المباشرة للضمان وللمسؤولية من القانون العام المبينة على عدم المطابقة ما دام أن سلسلة من العقود، ولو كانت متنافرة، تؤدي إلى نقل ملكية الشيء . وفي هذه الحالة تنتقل الدعوى إلى الدائن بالتبعية للشيء الذي نقلت الملكية إليه .

والاجتهاد الحالي، كما ظهر عقب حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض بكامل أعضائها في 12 تموز 1991⁽¹⁾، يلجأ إلى مفهوم التابع في ثلاث سلاسل من الفرضيات .

وهذا المفهوم، مع أنه يثار بمنهجية أقل، يسوغ دعوى ضمان نزاع اليد⁽²⁾ والعيوب الخفية⁽³⁾، وكذلك دعوى المسؤولية من القانون العام المبينة على عدم المطابقة في المبيعات المتعاقبة⁽⁴⁾ .

كما يتيح تفسير دعاوى الضمان القانوني لمكتسبي ملكية عقار متعاقبين ضد البائعين وصانعي المكونات⁽⁵⁾، وكذلك دعوى المسؤولية من القانون العام العائدة إلى هؤلاء المكتسبين ضد مؤجري العمل المستقل، في حين أن شروط العمل بالضمان القانوني المبينة في المادتين 1792 و2270 من القانون المدني غير مجمعة⁽⁶⁾ .

ويتيح أخيراً تسويغ الدعوى المباشرة للمسؤولية العقيدة من القانون العام المبينة على

(1) انظر الرقم 733 السابق، وكذلك في شأن تقديم عام وثائق Ch. JAMIN، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة I، G، 3608، صفحة 368 وصفحة 389.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 آذار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 93، صفحة 50، D.S.1991، 25، تعليق J. KULLMANN.

(3) الاجتهاد مستقى منذ حكم غرفة العرائض في 12 تشرين الثاني 1984، D.P.85، 1، صفحة 357، S.86، 1، صفحة 149. انظر منذ وقت قريب، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الأول، 1991، العقود، الإبرام، الاستهلاك، 1993، رقم 25، ملاحظة LEVENEUR، 1: «تتمتع صاحب العمل المستقل، كما مكتب الملكية الثاني، بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء الذي يعود إلى سلته - 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية I، رقم 20، صفحة 14: «دعوى ضمان العيوب الخفية تنتقل، من حيث المبدأ، مع الشيء المباع إلى مكتب الملكية الثاني».

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 آذار 1983، مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، الطبعة I، G، 20285، II، P. COURBE، 20285، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 753، تعليق Ph. RÉMY.

(5) الاجتهاد مستقى منذ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 28 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 348، صفحة 1260، D.1968، 163، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 363، ملاحظة G. DURY، 391، ملاحظة G. CORNU. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 نيسان 1983، النشرة المدنية، III، رقم 91، صفحة 72.

(6) انتهت هذه الدعوى التي رفضتها في أول الأمر الغرفة المدنية الثالثة (حكم 25 تشرين الأول 1988، المستشهد به في المجلد الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 288، رقم 1، ملاحظة P. JOURDAIN إلى قبولها: حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 أيار 1992، النشرة المدنية، III، رقم 168، صفحة 102.

عدم المطابقة⁽¹⁾، وبالتأكيد دعوى ضمان العيوب الخفية⁽²⁾ التي يمارسها صاحب العمل المستقل ضد الصانع.

747 - نقد اللجوء إلى مفهوم التابع

اللجوء إلى مفهوم التابع، مع أنه يجنب البحث عن توافق إرادات وهمي إلى حد ما وتسنده المادة 1615 من القانوني المدني، قابل للنقد.

إنه، في المقام الأول، متناقض مع تطور الاجتهاد الذي لا يستخرج جميع نتائج نقل الدعوى المحققة على هذا النحو.

والمدين الوسيط، من حيث المبدأ، إذا كانت دعواه قد نقلت إلى الدائن، لن تكون أمامه مراجعة ضد المدين الفرعي إلا المراجعة المبنية على الحلول الشخصي. ولن يكون بإمكانه أن يطالب المدين الفرعي إلا بتعويض تمتع حصته في المساهمة من تحقق الضرر. والحال أن الاجتهاد، على الأقل في مادة المبيعات المتعاقبة، يقدر دعوى المدين الوسيط للرجوع بالوفاء كما لو أنه احتفظ بالدعوى التي يستمدّها من العقد الأولي⁽³⁾.

والاجتهاد، في غياب دعوى الرجوع بالوفاء، يقبل إمكانية المدين الوسيط، مع أنه نقل ملكية الشيء إلى خلفه، في مقاضاة سلفه إذا كان محتفظاً بمصلحة مشتركة وأكيدة⁽⁴⁾،

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 حزيران 1993، النشرة المدنية، III، رقم 226، صفحة 157 - 28 تشرين الأول 1991، المذكور سابقاً - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، II، رقم 10، صفحة 6 - حكم الهيئة العامة بكامل أعضائها، 7 شباط 1986، D.S.1986، صفحة 293، تعليق A. BÉNABENT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، الطبعة II، G، 20016، ملاحظة Ph. MALINVAUD؛ مجلة قصر العدل، 1986، 2، صفحة 643، تعليق J. M. BERLY؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 384، ملاحظة J. HUET؛ صفحة 594، ملاحظة J. MESTRE؛ صفحة 605، ملاحظة Ph. RÊMY؛ D.S.1987، صفحة 185 من الموجز، ملاحظة H. GROUDEL.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 أيار 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة II، G، 23087، ملاحظة Ph. MALINVAUD؛ D.S.1985، صفحة 213، تعليق A. BÉNABENT؛ مجلة قصر العدل، 1985، 2، صفحة 437، تعليق H. SOULBAU؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 406، ملاحظة Ph. RÊMY؛ صفحة 588، ملاحظة J. HUET. ومع أن الهيئة العامة بكامل أعضائها (7 شباط 1986) الحكم المذكور سابقاً، بتت صراحة بدعوى عدم المطابقة وحدها، فلا شيء يمنع إمكانية امتداد الحكم المعتمد إلى ضمان العيوب.

(3) J. GHESTIN et B. DUSCHÉ، المرجع عينه، رقم 1008 وما يليه.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 آذار 1979، النشرة المدنية، III، رقم 73، صفحة 53 - 20 نيسان 1982، النشرة المدنية، III، رقم 95، صفحة 66 - 26 نيسان 1983، النشرة المدنية، III، رقم 91، صفحة 72 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 20، صفحة 14، D.S.1988، صفحة 38 من التقرير - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 شباط 1988، النشرة المدنية، III، رقم 41، صفحة 22. قارن بحكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 تشرين الثاني 1974، النشرة المدنية، III، رقم 407، صفحة 312.

والحال أن معظم الأحكام التي أكدت هذا المبدأ⁽¹⁾ فعل ذلك في أوضاع فضل فيها المستفيد من الدعوى مقاضاة المدين الوسيط بدلاً من المدين الفرعي. وينتج عن ذلك أن النقل المحتمل للدعوى خاضع لإرادة المدين الوسيط وحدها. على أنه من التناقض الأخذ، من جهة أولى، بأن الدعوى تنقل بالتبعية لنقل الشيء - بالتالي ألياً - وأنها تبقى، من جهة ثانية، بصفة احتياطية لصالح المدين الوسيط - وبالتالي لم تنقل - إذا كان المستفيد لا يرغب في استعمالها.

ونقل الدعوى، فضلاً عن ذلك، يستدعي منطقياً أن لا يكون بإمكان الدائن الإفادة من حقوق لا يحوزها سلفه. والحال أنه يبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض⁽²⁾، بالتناقض مع حكم أقدم للغرفة المدنية الثالثة⁽³⁾، عارضت حديثاً هذا المبدأ بقبول إمكانية مكتسب الملكية الثاني في مقاضاة البائع السابق بدون أن يكون من الضروري البحث عما إذا كان العيب خفياً بالنسبة إلى البائع الوسيط.

وأخيراً تناقض الحلول التي أوصل النقل إليها الاجتهاد الذي يضفي الصحة على البنود التحديدية للمسؤولية بين بائعي المنتجات ذاتها⁽⁴⁾. وهذا ما يمكن استخراجه من حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 26 أيار 1992⁽⁵⁾. كانت إحدى المؤسسات الاستشفائية قد رجبت موضع مرجل عن طريق أحد المقاولين، وكانت المولدات البخارية قد زود الصانع المقاول بها. وعقب حدوث اختلال قاضت شركة Sochan، التي حلت محل المستشفى صاحبة العمل في حقوقها، المقاول والصانع. فرأى قضاء الأساس، بعد أن تحقق من تقصير الصانع في موجباته العقدية، أن بإمكان شركة Sochan الإفادة من ذلك وطلب التعويض منه مباشرة بدون أن يكون البند الذي يحدد ضمانات الصانع لمدة سنة محتجاً به تجاهها، ما دام أن الصانع ليس في وسعه الاحتجاج في وجه المستثمر الحال بتحديد المسؤولية الذي لم يكن بإمكانه الإفادة منه سابقاً ضد المستشفى، وهي الجاهلة في هذا المجال. وقد جرى نقض هذا الحكم استناداً إلى العادة 1134 من القانون المدني بحجة أن الصانع كان له الحق في الاحتجاج في وجه شركة Sochan التي مارست دعوى عقدية، بجميع وسائل الدفاع التي بإمكانه مواجهة شريكه في التعاقد بها⁽⁶⁾. وينجم عن هذا الحكم أن بإمكان المهني أن يحتج في وجه الجاهل أو الشخص الذي حل محله الذي يمارس الدعوى المباشرة ببند تحديد الضمان المدخل في العقد الذي يربطه بمهني آخر من الاختصاص عينه. ويقتضي بالتضاد

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 آذار 1979 و20 نيسان 1982، وحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1988 المذكور سابقاً.

(2) 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 250، صفحة 186.

(3) 28 تشرين الأول 1975، النشرة المدنية، III، رقم 311، صفحة 236.

(4) انظر J. GHESTIN et B. DUSCHÉ، المرجع عنه رقم 963 وما يليه.

(5) النشرة المدنية، III، رقم 175، صفحة 106.

الأخذ بأن يبدأ كهذا لا يمكن أن يحتج به بائع مهني في وجه مكتب الملكية الثاني، من الاختصاص عينه مع ذلك، ما دام أن شريكه في التعاقد، البائع الوسيط، جاهل هذا الاختصاص أو أن اختصاصه مختلف ويمكن إذا تساؤل عما إذا كان وجود سلسلة عقدية يجعل المتعاقدين خلفاء بصفات متميزة يكفي لإنشال اجتهد محكمة التقض حول مدى بنود تحديد الضمان.

وهذا اللجوء، في المقام الثاني، لا يشكل معياراً كافياً لتفسير قبول دعوى مباشرة أصلية، فمفهوم التابع بالفعل كان يشار في أول الأمر لكي يسوّغ، بالتناقض مع المبادئ الرومانية، نقل الدعوى لصالح مكتب الملكية الثاني الذي كرس المادة 1166 من القانون المدني مبدأه. والحال أن هذا المفهوم عينه للتابع هو الذي سمح لاحقاً بإعطاء مكتب الملكية الثاني الإفادة من دعوى مباشرة، ما أن جرى انتقاد كون هذا المكتب يقاسم دائني المدين الوسيط ثمار دعواه⁽¹⁾. وإذا كان مفهوم التابع يتيح تفسير نقل الدعوى، فليس له إذا أي منفعة للقيام باختيار بين الدعوى غير المباشرة (oblique) والدعوى المباشرة.

748 - الحلول الحقيقي.

إن البرهان الذي أثير في الماضي لتسويق الدعوى المباشرة لإلغاء الدائنين المرتبطين العقارين وأصحاب الامتياز الذي يركز على الأخذ بأن تعويض التأمين يحل محل الشيء المؤمن استعاده قسم من الفقه في الفرضية عنها⁽²⁾.

ولا يمكن الأخذ به لا لأنه يتعذر قبول كون مطرح الرهن العقاري أصبح يتناول ديناً أو لأن مقابل تعويض التأمين لا يكون المال الضائع وإنما علاوة التأمين، بل أكثر من ذلك بسبب عجز الحلول الحقيقي عن تفسير الدعوى «المباشرة» التي تمارس ضد المؤمن. وبالفعل، إذا كان تعويض التأمين قد حل وحسب محل المال الضائع، فإن الدائنين أصحاب الامتياز والدائنين المرتبطين العقارين بإمكانهم على الأكثر مقاضاة المؤمن وليس مؤمنه⁽³⁾.

ب - استبدال إلوائية أخرى

749 - إذا كان بعض المؤلفين قد تمكن من تفسير الدعوى المباشرة باللجوء إلى

(1) انظر الرقم 721 السابق.

(2) انظر A. PONBARD، الفهرس المدني، ٧ الحلول (1976)، رقم 8 ورقم 14 - Y. LAMBERT. R. FAIVRE، Droit des assurances، موسوعة Dalloz، الطبعة الثالثة، 1992، رقم 588 وما يليه. R. Ph. LARROUMET، La subrogation réelle en droit civil français، منشورات L.G.D.J، 1986، مقدمة. Ch. MALAURIE، صفحة 88 وصفحة 89. وكذلك على الألة الكتابية، 1988، رقم 184، صفحة 416.

(3) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 222، صفحة 139.

أسلوب أكثر تقليدية، فإن غيرهم أنكر خاصيتها لكي يستبدلوا بها إوالية أخرى. وهكذا اختلعت الدعوى المباشرة للإيفاء بالامتياز والإثراء بلا سبب، وحجز مال المدين لدى الغير (الذي يقتضي اليوم أن يستبدل به حجز التخصيص)، والتجديد بدرجة أقل.

750 - إن الامتياز والدعوى المباشرة للإيفاء، إذ يتيح كل منهما بلا جدال تعزيز حقوق الدائن، هما متشابهان إلى درجة أن بعض المؤلفين لم يتردد في الخلط بينهما⁽¹⁾. بيد أن هذا اللبس موضع انتقاد ذلك بأن الإوالتين تمثل فيهما فروقات تقنية عميقة وتعبيران عن أوضاع متميزة.

والدعوى المباشرة، تنبع، على الصعيد التقني، للدائن مقاضاة المدين الفرعي في صدد ذمته المالية لتجنب حتى احتمال مشاركة دائني المدين الوسيط، في حين أن الامتياز يفترض نزاعاً بين دائني المدين نفسه العديدين يفضل أحدهم على الآخرين⁽²⁾. ثم إن بدء العمل بالدعوى المباشرة للإيفاء لا يستوجب التدخل القضائي المسبق على عكس بدء العمل بالامتياز الذي يتطلب اللجوء إلى طرق التنفيذ العادية⁽³⁾. ويضاف إلى ذلك، وعلى عكس الامتياز ومفعوله أقل نشاطاً، أن الدعوى المباشرة تعطي حائزها جزئياً حقاً خاصاً يمنع على المدين الفرعي أن يحتج في وجهه بالدفع التي بإمكانه التذرع بها ضد دائره. والامتياز أخيراً يكرن موجوداً قبل استعمال على عكس الدعاوى المباشرة للإيفاء، على الأقل عندما لا يؤدي إلى تجريد الدين منذ الأساس⁽⁴⁾.

والدعوى المباشرة، في ما هو أبعد، تناظر إوالية أصلية تربط ثلاثة أشخاص بتجديد طريقة ولادة مفاعل المقد⁽⁵⁾ وتتيح التفكير في أن قبولها، على عكس الامتياز، ممكن خارج الأحكام القانونية وحدها.

وقد أخذ السيدان Mouly و Cabrillac، بعد أن قبال أن الدعوى المباشرة تختلف عن امتياز بسبب الحقوق الخاصة ونهيلات التنفيذ التي توفرها لحائزها، بأنها تشكل أمناً

(1) R. DEBRAY, *Privileges sur les créances et actions directes*, أطروحة في باريس، 1928، صفحة 80 وما يليها - P. ROBINO, *Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances*، أطروحة في بوردو، 1949، صفحة 78 وما يليها. وكذلك Ch. LARROUMET, *Droit civil*، الجزء III، الموجبات - العقد، الطبعة الثانية، رقم 795، صفحة 857 وما يليها.

(2) انظر Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه رقم 140 صفحة 140. وكذلك H. SOLUS من بين مؤلفين آخرين، المرجع عينه رقم 77 - 102 صفحة 102، A. WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 441، صفحة 757 وصفيحة 758 - L.G.D.J.، 1988، مقدمة P. RAYNAUD، رقم 187، صفحة 144 - G. GABET - SABATIER، *La*، 1977، رقم 254، صفحة 243.

(3) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 476، صفحة 288.

(4) Ph. JSTAZ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 167، صفحة 143.

(5) انظر الرقم 763 اللاحق.

حقيقياً خاصاً عندما تتجارب مع معاييرها الثلاثة: «إن قصديتها، كاتبة لدين المستفيد، الإعداد حصراً لإيفاء أفضل، وذلك عن طريق تقنية التخصيص»⁽¹⁾.

ويبدو أن الطرح يركز على رؤية ضيقة جداً للدعوى المباشرة، ليس له، في المقام الأول، تأثير بالنسبة إلى الدعوى المباشرة للمسؤولية التي لا يمكن أن توصف كاتبة للدين عندما تقبل لتجنب الدين الفرعي تحتل بند حاضر للضمان يتضمنه العقد الذي يربطه بالبايع الوسيط⁽²⁾. وهو لا يأخذ في الحسبان، في ما يتعلق بمختلف دعاوى الإيفاء، علة وجود الإؤولية. فهذه الإؤولية تنزع قبل كل شيء إلى الاعتراف بوجود رباط قانوني خاص بين الدائن والمدين الفرعي بالسماح للدائن بحيازة حقوق خاصة تجاه المدين الفرعي تنفصل، على الأقل جزئياً، عن الدين الذي يملكه حائزه ضد مدينه المباشر⁽³⁾. فالدعوى المباشرة لا يمكن إذاً أن تماثل بالضبط بتابع دين حائزها تجاه المدين الوسيط، طالما أن بعض الحقوق التي تعطيها هذا الحائز، إذا نشأت مع هذا الدين، تكتسب استقلالية جزئية. وهكذا، مثلاً حكمت محكمة النقض بأن الدائن بإمكانه أيضاً ممارسة دعواه المباشرة في حين أن دينه تجاه المدين قد سقط بسبب عدم إثباته في المهل المطلوبة⁽⁴⁾. ولا يبدو، في الذهنية عنها، من الممكن الأخذ بأن الهدف الوحيد للدعوى المباشرة للإيفاء تأمين إيفاء أفضل: طالما أن هذه الدعوى تهدف فقط، كما أكد ذلك بقوة Demolombe⁽⁵⁾، إلى وضع الدائنين (حائزي الدعوى المباشرة) في مواجهة مدينين «حقيقيين» (مدينين فرعيين)، فهذا الهدف يمنع أن يستفيد الدائنون، ما عدا الاستثناء، من وضع تفضيل بالنسبة إلى دائني المدينين الفرعيين⁽⁶⁾. وهم، إذا صح القول، في وضع كل دائن «عادي» تجاه مدينه. وغياب الأفضلية ذاته هو الذي يتيح استبعاد المعيار الذي هو النتيجة الطبيعية لذلك، والذي يستخرج من تخصيص دين المدين الوسيط لصالح المستفيد من الدعوى: يبدو، بالفعل، من الصعب الأخذ بأن ديناً كهذا مخصص بحصر المعنى لإيفاء المستفيد من الدعوى، مما يعني أن «يدفع له من المال بالأفضلية»⁽⁷⁾، لأنه يشترك طبيعياً مع جميع دائني المدين الفرعي، مع استثناء من هو مدينه وحسب⁽⁸⁾.

(1) Droit des sûretés، منشورات Limac، الطبعة الثانية، 1983، رقم 571، صفحة 428 (نحن من شدد على ذلك). قارن بـ P. CROCOX، Propriété et garantie، أطروحة في باريس II، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1992، الجزء II، صفحة 322، التعليق 2.

(2) انظر الرقم 721 السابق.

(3) هكذا اعترف بعض الأحكام، في مادة تأمين المسؤولية، للدائن بحقوق أكثر ضد المدين الفرعي من حقوقه تجاه مدينه المباشر.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 تموز 1987، النشرة المدنية IV، رقم 202، صفحة 148.

(5) Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général، الجزء II، 1869، رقم 139، صفحة 145.

(6) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 520 وما يليه، صفحة 312 وما يليها.

(7) M. CABRILLAC et Ch. MOULY، المرجع عيه، الطبعة الثانية، رقم 2، صفحة 2.

(8) انظر الرقم 839 اللاحق.

ولا يمكن إذاً قبول أن الدعاوى المباشرة للإيفاء، على الأقل تلك التي تتجارب مع أأمينات محركاتها، يجب أن تختلط مع التأمينات العينية ذلك بأن العناصر المكونة غير موجودة. ويكونها تشكل أساليب توسيع مجال مفاعيل العقد⁽¹⁾ أكثر مما تشكل تأمينات، فهي تفسر أن دعاوى كهذه جرى قبولها خارج أساس قانوني أو عقدي على عكس التأمينات العينية⁽²⁾. فالأمر مختلف بالنسبة إلى الدعاوى المباشرة التي وصفناها «بالاستثنائية» والتي لا تفعل سوى اقتباس تقنياتها بدون أن تتوافق مع علة وجودها⁽³⁾. إنها تتجارب بصورة أكثر تأكيداً مع وصف التأمينات.

751 - أكد السيد Solus في أطروحته، إذ قبلت محكمة النقض مبدأ دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب التي لم تكن ممارستها في تلك الحقبة خاضعة لأي شرط محدد⁽⁴⁾، إن المواد 1763 و1798 و1994 من القانون المدني لا تولد أبداً دعوى مباشرة وإنما هي تطبيق لدعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب⁽⁵⁾.

وإذا كان الانصاف يقرب بين الإلزاميين فإن شروط ممارستها تفرق بينهما.

إن إثراء المدعى عليه أولاً هو شرط لدعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب، لأن هذه الدعوى موجهة ضده. والحال أن المدين الفرعي لا يثرى مطلقاً ذلك بأنه إذا استفاد من زيادة في قيمة ذمت المالية فيتوجب عليه مقابيلها⁽⁶⁾. وعلى سبيل المثال، إذا كان صاحب العمل المستقل يستفيد من الأشغال التي تمت لصالحه فإنه يتوجب عليه تلازماً الثمن للمقاول الأصلي. وهكذا أنكرت محكمة النقض، بعد أن بينت غياب إثراء المدين الفرعي بمضرة الدائن الأصلي، على هذا الدائن حق ممارسة دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب ضد المدين الفرعي⁽⁷⁾.

إن دائني المدين الوسيط الآخرين وحدهم هم الذين أثروا طالما أنهم يجدون في ذمة المدين الفرعي المالية قيمة، لم توجد فيها إلا بسبب إفقار الدائن الأصلي الذي لم يدفع له.

(1) ما له مدلوله بيان أن النقاش حول وصف تأمين الدعوى المباشرة، غير الموجود في القرن التاسع عشر، انطلق بعد نشر أطروحة السيد Cozian (L'action directe، 1969، المذكورة سابقاً). عندما قارنها بالنسبة إلى دعاوى الإيفاء ذات الأساس القانوني وأعطاهم وظيفة مزدوجة في التنفيذ والامتياز (القسم الثاني). ثمة إذاً تلازم وثيق بين مضمون هذا النقاش والمفهوم الذي يعطيه القانونيون للمفهوم ذاته للدعوى المباشرة.

(2) انظر M. CABRILLAC et Ch. MOULY، المرجع عيه، الطبعة الثانية، رقم 505، صفحة 380.

(3) انظر الرتم 803 اللاحق وما يليه.

(4) حكم غرفة المرافض، 15 حزيران 1892، Dalloz، الدوري 92، صفحة 596؛ Sirey 93، 1، صفحة 281، تعليق J.E. LABBÉ.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 170 وما يليه.

(6) انظر GABET - SABATIER، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 272، صفحة 252.

(7) 2 أيار 1938، Sirey 1938، 1، صفحة 247. انظر في شأن المقاول من الباطن، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، III، رقم 319، صفحة 197.

فهو ينبغي إعطاء هذا الدائن دعوى ضد هؤلاء الدائنين⁽¹⁾. يتعلم قبول هذا ذلك بأن إثراءهم ليس ظالماً طالما أنه يسوّغ بحقوقهم في الرهن العام على ذمة المدين الوسيط المالية⁽²⁾.

وأخيراً لا يمكن منح دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب إذا لم يتوفر فيها شرط الصفة الاحتياطية الذي تفرضه محكمة النقض⁽³⁾. وما أن يحوز المدين، حتى المعسر، قيمة موجودات يكونه دين له على الغير، حتى يصبح بإمكان الدائن أن يستعمل إما دعوى غير مباشرة (oblique)، وإما حجز التخصيص لضبطها. وليست دعواه بلا طائل مما يسوّغ ممارسة دعوى التعويض من الإثراء بلا سبب، وهي تجبر فقط حائزها على تقاسم فائدة دعواه مع دائني المدين الوسيط المباشرة الآخرين⁽⁴⁾.

752 - حجز التخصيص.

ليس الزمن زمن مقارنة بين الدعوى المباشرة والحجز لدى الغير⁽⁵⁾ الذي أتاح لبعضهم بيان خاصية طبيعتها القانونية⁽⁶⁾. من الواجب الآن أن تقارن الدعوى المباشرة بحجز التخصيص الجديد. وبالفعل يتيح هذا الحجز «الأي دائن مزود بسند تقليدي ثبت دينا معين المقدار ومستحقاً أن يحجز بين يدي الغير ديون مدينه التي تناول مبلغاً من العملة».

ولا شك في أن اختصار نظام حجز التخصيص بالنسبة إلى النظام القديم للحجز لدى الغير يتيح مقارنة أشد وضوحاً أيضاً بالدعوى المباشرة. بيد أن الفوارق بين هاتين الإوليتين شديدة الأهمية بحيث لا يمكن الخلط بينهما.

في المقام الأول، إذا كانت ممارسة الدعوى المباشرة للإيفاء - وهي الوحيدة التي تكون المقارنة فيها ممكنة - تنتج مفاعيل ماثلة لمفاعيل طريق التنفيذ⁽⁷⁾ فإنها تشكل مع ذلك تقنية خاصة بقانون الموجبات الذي لا يستدعي بالضرورة لبدء العمل بها إكراهاً شخص المدين الفرعي. وهكذا يستطيع صاحب العمل المستقل التخلص من موجه تجاه المفاول من الباطن الذي يمارس ضده دعوى مباشرة بدون أن يكون ملزماً باللبجوء إلى أي تنفيذ جبيري. لا يمكن إذاً الكلام على ذاتية طبيعته بين إوليتين تتجاوبان مع قصديات متميزة.

(1) انظر في هذا الاتجاه H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 173، صفحة 245.

(2) انظر P. HÉBRAUD، L'action directe de la victime d'un dommage contre l'assureur، المجلة الناقدة لتشريع والاجتهاد، 1931، صفحة 480، رقم 2، التعليق 7 - A. PLANCQUEL، الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 30.

(3) النقض المدني، 12 آذار 1914، 1918 - 18، صفحة 41، تعليق E. NAQUET. - 2 آذار 1915، Dalloz الدوري 1920، 1، صفحة 102.

(4) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 110، صفحة 70.

(5) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة الأتفة الذكر، رقم 266 وما يليه.

(6) انظر A. ROUAST، تعليق على حكم النقض المدني، 29 تشرين الأول 1929، Dalloz الدوري 1930، صفحة 33.

(7) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 317 وما يليه.

والفوارق بين نظاميهما، فضلاً عن ذلك، من شأنها منع أي لبس. فالدعوى المباشرة في أول الأمر معفاة مبدئياً من الشكلية، ولو كانت مختصرة، التي تميز حجز التخصيص⁽¹⁾. يضاف إلى ذلك أنه يمكن بدء العمل بها بدون أن يكون الدائن حائز سند تنفيذي على عكس حجز التخصيص فحجز التخصيص، وهو طريق تنفيذ تناول هذا المال المنقول وهو مبلغ من العملة، ينبغي أن تكون ممارسته مشلولة بمقتضى المادة 47، الفقرة 2 من قانون 25 كانون الثاني 1983 ما دام أن المدين الوسيط يشكل موضوع إجراء تقويم قضائي. وبما أن أحد أسباب وجود الدعوى المباشرة هو بالتحديد، أن يجنب حائزها المفاعيل المشرومة لتخلف المدين الوسيط⁽²⁾ فقد حكمت محكمة النقض بأن ممارستها لا تتوقف بافتتاح الإجراء الجماعي ضد المدين الوسيط⁽³⁾.

وهناك، عندا هذين التفريقين الأساسيين، نقاط عديدة تجعل الدعوى المباشرة وحجز التخصيص متعارضين. فالدعوى المباشرة في أول الأمر، ليست معفاة إلا لفئة معينة من الدائنين (العمال، المقاولين من الباطن الخ). في حين أن حجز التخصيص هو في تصرف «أي دائن» للمدين المحجوز عليه. ثم إنه ليس من الأكيد أن ممارسة الدعوى المباشرة خاضعة لضرورة إفادة حائزها من دين معين المقدار ومستحق⁽⁴⁾. والدائن الحاجز، في حين أن حائز الدعوى المباشرة الخاصة يستطيع فقط الوصول إلى فئة معينة من المدينين الفوعيين (ليس بإمكان ضحية الضرر أن تقاضي إلا المؤمن المسؤول، والمقارن من الباطن إلا صاحب العمل المستقل وحده، الخ) بإمكانه دائماً مقاضاة أي غير ما دام أنه يملك دين مبلغ من العملة على المدين الوسيط. وممارسة حق حائز الدعوى المباشرة الخاصة به يفسر لا حجية بعض الدفوع في حين أن الدائن الحاجز لا يجوز حقوقاً أكثر من حقوق ملينه.

753 - التجليد.

من المقبول تقليدياً أن الدعوى المباشرة لا تؤدي إلى التجليد⁽⁵⁾ عندما لا تقوم

(1) انظر المادة 56 وما يليها من مرسوم 31 تموز 1982 الذي ينظم بدقة إجراء حجز التخصيص.

(2) انظر الرقم 719 السابق.

(3) انظر حكمي الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 15 حزيران 1978، Dalloz الأسبوعي 1979، صفحة 561، تعليق P. DERRIDA، ملاحظة A. HONORAT، 15 أيار 1979، الطبعة II، G. 19137، تعليق J. BIGOT و A. BESSON (تأمين المسؤولية) - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة G، II، 19440، ملاحظة O. FLÉCHEUX (مقاوله من الباطن استناداً إلى المادة 12 من قانون 31 كانون الأول 1975). - 15 تموز 1986، النشرة المندنية IV، رقم 158، صفحة 1133 Dalloz الأسبوعي 1987، صفحة 192، تعليق J. MASSIP (دين غلاء).

(4) انظر الرقم 816 اللاحق.

(5) انظر H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 78، صفحة 105، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 452 وما يليه، صفحة 275 وما يليها - B. STARCK، المرجع عينه، V، الدعوى المباشرة 1970، رقم 21.

باستبدال مدین بآخر: يحتفظ الدائن بحق مقاضاة مدینه الخاص⁽¹⁾. والدعوى المباشرة، توفر له بالفعل ضماناً إضافياً، يكون المدین الوسيط والمدین الفرعي ملزمين تضامياً تجاه⁽²⁾. والدعوى المباشرة، فضلاً عن ذلك لا تسقط الموجب الذي يربط المدین الوسيط بالمدین الفرعي لصالح موجب جديد يربط المدین الفرعي حائز الدعوى. فالمدین الفرعي، من جهة أولى، بإمكانه الاحتجاج ضد الدائن ببعض الدفع التي بإمكانه الاستفادة منها تجاه المدین الوسيط⁽³⁾. ويستفيد الدائن من جهة أخرى، من التأمينات التي تضمن دين مدینه⁽⁴⁾.

وتنص المادة 1185 من القانون الريفي، في شأن التأمين ضد مواد العمل الزراعي، على التجديد، إذ ورد في النص على أن «أمر الرئيس أو الحكم الذي يحدد الدخل المعطى يعين أن المؤن يستبدل به رئيس المؤسسة أو الاستثمار (...). بحيث يقطع الطريق أمام أي مراجعة للضحية ضد رئيس المؤسسة».

يضاف إلى ذلك النظام الأمر لأجرة الأرض الزراعية يعطي مستأجر عقار أو مال ريفي حق شفعة بإمكانه ممارسته عند ما يقرر مؤجره بيعه. ويستطيع المستأجر إذا جرى البيع تحايلاً على حقوقه مراجعة القضاء المدني المختص الذي يتوجب عليه إبطال البيع وإعلانه مكتسب الملكية بدلاً من الغير. وتنص المادة 412-13، الفقرة 2، من القانون الريفي على أن «المصاريف وبدلات الإيجار والأكلاف المنفقة في مناسبة العقد، عند الانقضاء، التي دفعها مكتسب الملكية المتزوع اليد يستدعيها المستأجر له». إن النص يحقّق بداهة تجديدياً باستبدال المدین عندما يتم إبطال البيع ويكون على المستأجر طبعياً تسديد المبلغ للغير. بيد أنه يمكن أن يكون ثمة شك حول وصف العملية فيه غياب اجتهاد منشور يؤكد مبدأ لا حجية الدفع أم لا.

والشك بالمقابل، غير مسموح به في ما يتعلق بالمادة 125-2 من قانون العمل. فهذه المادة التي تعالج إوالية قروض اليد العاملة تضع نظام «استبدال» رئيس المؤسسة بالمقاول الذي نفذ الأشغال في حال تخلف رئيس المؤسسة عن «تسديد الأجور والإجازات المدفوعة وكذلك الموجبات الناجمة عن التشريع في شأن التأمينات الاجتماعية ومواد العمل والأمراض

(1) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 كانون الثاني 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 12، الذي يبين أن «إجراء الإنفاء المباشر لا يؤدي إلى زوال العقد ويزك للمقاول من الباطن إمكانية مقاضاة المقاول الأصلي». - حكم غرفة المرافض، 13 آذار 1872، S.72، 1، صفحة 331. - حكم محكمة استئناف فوساي (في ما يتعلق بالروسم)، 13 كانون الأول 1979، مجلة قصر العدل، 1981، 1، صفحة 156 من الموجز. وكذلك الرقم 1006.

(2) انظر الرقم 818 اللاحق.

(3) انظر الرقم 833 اللاحق.

(4) انظر M. COZIAN، الأبروحة المذكورة سابقاً، رقم 446 وما يليه - B. STARCK، المقالة الألفة الذكر، رقم 78 - G. MARTY، P. RAYNAUD، Ph. JESTAZ، Les obligations، الجزء II، النظام، الطبعة الثانية، 1989، رقم 164، صفحة 149.

المهنية والتقديمات العائلية». وعليه ليست «الدعوى المباشرة التي تمنحها المادة 125 - 2 - 2⁹²، الفقرة 2، للإجراء وهيئات الضمان الاجتماعي والتعويضات العائلية سوى نتيجة هذا الاستبدال. ولا يمكن مع ذلك مماثلتها بدعوى مباشرة أصيلة⁽¹⁾ عندما تضع الذات، وهي ليست على الإطلاق شذوذاً عن الدعوى غير المباشرة، في خصام مع المدين الجديد. وبعبارة أخرى يتعلق الأمر بالدعوى التي يحوزها كل مدين ضد مدينة الخاص.

إنه المبدأ ذاته التي تنص على العمل به المادة 124-8-1 من قانون العمل. وهذا القانون يفرض على مقاولي العمل الموقت أن يقدموا كفالة مالية تؤمن، في حال تخلفهم، دفع الأجر المستحق والتعويضات واكتسابات الضمان الاجتماعي. وهذه الكفالة تعطىها الهيئات المهنية في المادة 124-8-1-1 وحدها. وفي حالة عدم كفاية الكفالة «يستبدل» المستعمل بمقاول العمل الموقت لتسديد المبالغ التي تبقى متوجبة عليه لمدة استخدام العمال الموقتين. والأمر يتعلق أيضاً بتطبيق التجديد وليس بتطبيق الدعوى المباشرة⁽²⁾.

II - التحليل للمعاصر

754 - لا مناص، أمام لا حجية للجوء إلى أساس قانوني بحث للدعوى المباشرة الذي تكذبه الدراسة التاريخية لمسار قبولها، وأمام توسيع مستخرج من مفهوم قانوني أكثر تقليدية وكل منهما ليس موضع نزاع، من البحث عن تفسير الإوالية خارج هذه البديلة.

بعض المؤلفين حاول أن يجد ذلك في ما سماء «مجموعات العقود» وفيها تكون الدعاوى المباشرة، للإبقاء أو للضمان، أحد مظاهرها في القانون الوضعي. والحل الذي لم تأخذ به الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها في 12 تموز 1991 في مجال المسؤولية المدنية⁽³⁾، قابل للنقد.

ينبغي إذاً أن نحاول تجديد دراسة الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة برفض مقارنتها، حسب صورة تقليدية، بمفهوم أقدم أو تقليصها، حسب الفقه المعاصر، كي لا تكون سوى إشارة تعقيد هتاف مزعوم للعلاقات العقدية - إن موقفاً كهذا يؤكد إحالة الدعوى المباشرة لا يمكن أن يتلقى دعماً أفضل إلا في المفهوم الذي كان لدى الذين شعروا منذ الأساس بضرورة خلق إوالية كهذه - ويكشف تحليلهم الذي استبعد وإنما أصبح متجاوزاً مرة أخرى، إلى أي درجة يمكن أن يفسد هاجس العمل مبدأ عدالة المعاوضة الحلول التقبئية الأكثر اختصاراً.

(1) انظر مع ذلك J. RIVERO et J. SAYATIER, Droit du travail, الطبعة الحادية عشرة، صفحة 104.

(2) من المناسب بيان أن المادة R.3-124، التي كانت تنص على أن «للإجراء وهيئات الضمان الاجتماعي والمؤسسات الاجتماعية دعوى مباشرة ضد المستعمل المستبدل على هذا النحو (...)» قد ألغيت في عام 1982.

(3) انظر الرقم 733 السابق.

1 - نظرية مجموعات العقود

755 - إذا كانت نظرية مجموعات العقود قد لاقت نجاحاً كبيراً لدى قسم من الفقه⁽¹⁾ فقد أثارت بعض التساؤلات⁽²⁾ وكانت موضوع انتقادات عنيفة في مادة المسؤولية⁽³⁾ قبل أن ترفضها في هذا المجال الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها⁽⁴⁾.
إن اعتراض كهذا يتطلب استعادة دراسة مفهوم المجموعة العقدية بمقابله بمفهوم الدعوى المباشرة التي يشكل تفسيرها الأخير لتقدير أساسها القانوني ومداها.

1) أساس منازع فيه

756 - ليست مجموعات العقود التعبير عن الحقيقة الاقتصادية.

يعود نجاح مجموعات العقود في قسم كبير منه إلى «واقعتها الاقتصادية». وهذه الواقعية تلتمس أن يناظر تنوعاً وتعقيداً متناسبين للمعاملات الاقتصادية قواعد قانونية تتطور على إيقاع تحولات اقتصادية للمجتمع⁽⁵⁾.

إن هذا التأكيد منازع فيه لسببين. يمكن إبداء الدهشة، من جهة أولى، من التأكيد الذي تكون بمقتضاه الوقائع الاقتصادية هي التي يجب أن تعلي التفسيرات القانونية، إذ أن القانون لا يمكن أن يقتصر إلى «علم الوقائع»⁽⁶⁾. وهكذا يمكن على هذا النحو أيضاً الشك في العقل الصحيح للوقائع عن طريق القانون ذلك بأن «الإدراك القانوني للحقيقة ليس تسجيل الوقائع المخام: إنه نقل، وبالتالي هو تشويه ويمكن أن يكون خيانة»⁽⁷⁾.

وهذا التشويه، حتى هذه الخيانة، أكيد أن في مادة المسؤولية. والملاحظة المزعومة

(1) انظر في ما يتعلق بالمؤلفات العامة Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عنه، الطبعة الرابعة، رقم 691 وما يليه ورقم 874، صفحة 496. J.-M. MOUSSERON، Techniques contractuelles - 1989، رقم 370 وما يليه - وكذلك J. CARBONNIER، المرجع عنه، الطبعة السادسة عشرة، الفقرة 20، صفحة 54، الذي يبين أنه يناظر حقيقة قابلة للملاحظة.

(2) F. TERRE، Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عنه، الطبعة الثانية، ولا سيما رقم 480، صفحة 371. Ph. DELEBECQUE، La notion de groupes de contrats: quels critères - 1989، صفحة 125. La transmission de la clause compromissoire، مجلة التحكم، 1991، صفحة 19 وما يليها.

(3) انظر 756، صفحة 888 وما يليها - Ph. CONTE، تعليق على حكم محكمة استئناف Agen، 7 كانون الأول 1988، مجلة قصر العدل، 1989، 2، صفحة 899.

(4) انظر الرقم 733 السابق.

(5) انظر B. TEYSSIE، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 16، صفحة 8. انظر الرقم 731 السابق.

(6) M. VILLEY، الجزء I، تعاريف القانون وأهدافه، الطبعة الرابعة، 1986، رقم 112، صفحة 172.

(7) انظر Ch. ATIAS et D. LINOTTE، Le mythe de l'adaptation du droit au fait socio-économique، 1977، صفحة 255 من العرض.

لحقيقة الرقائع أتاحنا بالفعل الأخذ بحلين قانونيين متعارضين جذرياً في روحهما: كان الهدف المعلن لقبول الدعوى المباشرة للضمان في القرن التاسع عشر تفضيل الضحية، مكتسب الملكية الثاني والحالة هذه⁽¹⁾؛ وفي القرن العشرين حدث إعطاء دعوى المسؤولية العقدية لصالح⁽²⁾ وقد تمكن بعض المؤلفين من الكتابة أنها تمنحه نفعاً هاماً جداً⁽³⁾، محكمة النقض باسم الحفاظ على التوقعية العقدية على الحكم بأن دعواه كانت «بالضرورة» ذات طبيعة عقدية⁽⁴⁾ لا تمنح الضحية امتيازاً وإنما المدعى عليه.

ويصعب، من جهة ثانية، الأخذ بأن انطلاق الدعاوى المباشرة يعبر عن حقيقة اقتصادية أكثر تعقيداً بلا انقطاع تكشف علاقات عقدية في مجموعات العقود⁽⁵⁾. إن معظم الدعاوى المباشرة، ولو كانت مموضوعة في صميم مجموعات كهذه، هي بالفعل خلق قديم لا يمكن حتى في تفكيرنا بعثها، أن يكون هدفها قلب مفهوم فرداني للعقد.

وبالفعل تم قبول دعوى المؤجر المباشرة للإيفاء ضد المستأجر من الباطن⁽⁶⁾ ودعوى العامل المباشرة ضد صاحب العمل المستقل⁽⁷⁾ بتأثير أكيد من الرئيس الأول Troplong. والحال أن هاتين الدعويتين، كما الدعوى المباشرة للضمان في المبيعات المتعاقبة، لم تكونا مترافقتين مع الأخذ في الحسبان حقيقة اقتصادية لم تكن قليلاً ذات تعقيد إلى أقصى حد، وإنما إرادة تفضيل حائزيهما الملذين لحقهما الإجحاف في ممارسة الدعوى غير المباشرة وحدها⁽⁸⁾.

يضاف إلى ذلك أن المفهوم الفقهي للمجموعة العقدية يركز على أسس قانونية غامضة لا تتيح التوفيق بينه والتحليل المقبولة إلى حد كبير.

757 - نشوء مجموعات العقود مفهومي السبب والموضوع.

يتناول الغموض في أول الأمر مفهومي الموضوع والسبب. ويفرق السيد Teyssié بالفعل بين «سلاسل العقود» المتحدة بذاتية الموضوع، «عندما تكون عدة عقود (...).

(1) انظر الرقم 721 السابق.

(2) انظر في المقام الأول حكم غرفة العرائض، 8 آذار 1937، D.P. 1938، 1، صفحة 76، تعليق R. SAVATIER.

(3) انظر J. HUET, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle - Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, أطروحة في باريس II، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1978، رقم 510 وما يليه.

(4) انظر في المقام الأول حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1978، النشرة المدنية رقم 241، صفحة 192 Dalloz الأسبوعي 1980، صفحة 222 من الشقيرير، ملاحظة Ch. LARROUMET؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 355، ملاحظة G. DURRY.

(5) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 476 وما يليه.

(6) النقض المدني، 24 حزيران 1853، D.P. 53، 1، صفحة 124، S. 53، 1، صفحة 321.

(7) حكم غرفة العرائض، 18 كانون الثاني 1854، S. 54، 1، صفحة 441 D.P. 54، 1، صفحة 121 - النقض المدني، 11 حزيران 1881، S. 81، 1، صفحة 878.

(8) انظر الرقم 719 السابق.

منظمة، في صدد الشيء عينه، حول التقديم الأساسي نفس، مبرمة على التوالي⁽³⁹⁾، ومجموعات العقود» المؤلفة من عدة عقود لها، وهي تهدف إلى البحث عن هدف مشترك، ذاتية السبب جزئياً على الأقل⁽⁴⁰⁾.

وتعتبر الفئة الأولى من المجموعات الموضوع كالشيء الذي يشكل موضوع التقديم الموصود به. وهذه النظرة إلى الموضوع قابلة للإدراك⁽⁴¹⁾ على الأقل بالنسبة إلى السلاسل المسماة متجانسة التي تؤدي إلى تعاقب عقود ذات طبيعة قانونية متماثلة، كالمبيعات المتعاقبة: يكون الشيء المباع، موضوع العقد، هو نفسه دائماً.

إنها، إلا أن تجعل مفهوم الموضوع غامضاً، لا تناسب السلاسل المتنافرة للعقود التي تؤدي إلى تعاقب عقود طبيعتها القانونية متميزة. ونادراً ما يظهر، على سبيل المثال، من الممكن تحديد موضوع مشترك بين تقديمات صانع ومقاول ويبيع وناقل تعاقب عقودهم، إلا أن يؤخذ بأن «التقديم الأساسي» لكل منهم يرتكز في النهاية على تسليم شيء مصنوع لصاحب العمل المستقل. بيد أن هذا القاسم المشترك الأصغر لا يحل محل مضمون خاصية كل من التقديمات المجراة.

ونادراً ما نتيج، فضلاً عن ذلك، إذا كان مفهوم ذاتية الشيء يمكن الأخذ به، على الصعيد القانوني، إضفاء صفة الفرقاء على أول اللسة وآخرها: إن ذاتية الموضوع في العقود غير كافية لإعطائها هذه الصفة⁽⁴²⁾. إن القانون الوضعي، والحالة هذه، يقبل فقط أن يكون بإمكان حائز الدعوى المباشرة الإفادة من تنكر المدين الفرعي لأحد موجباته العقدية. ولا يمكن عندئذ وصفه بالفريق⁽⁴³⁾.

أما مجموعات العقود فترتكز على مفهوم توسعي للرب بصورة خاصة. وهذا المفهوم بالفعل، في عرف السيد Teyssié، يرتكز على مبدأ انساني بالنسبة إلى الأهداف الفورية وغير المباشرة التي تحتم توافق المتعاقدين⁽⁴⁴⁾. والمؤلف، في هذا الصدد، إذ يستوحي تعليم H. Capitant، يأخذ بأن العملية الاقتصادية الإجمالية تشكل هدفاً مشتركاً بين الفرقاء جميعاً، معروفاً منهم وقد أرادوه⁽⁴⁵⁾.

وقد أخذ السيد Capitant بأن توافق الإيرادات هو الذي يحدد المحلل العقدي⁽⁴⁶⁾.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 69، صفحة 39.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 174، صفحة 95.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 677، صفحة 655.

(4) انظر في هذا الاتجاه، Le cession de contrat، L. AYNÈS، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ph.

MALAUURIE، رقم 165، صفحة 123.

(5) انظر الرقم 362 السابق.

(6) انظر B. TEYSSIÉ، المرجع عينه، رقم 65 وما يليه.

(7) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 67، صفحة 38.

(8) De la cause des obligations، موسوعة Dalloz، الطبعة الثالثة، 1927، صفحة 23.

والحال أن توافقاً كهذا غير موجود بين الأشخاص الذين، حتى ولو شاركوا في عملية اقتصادية مشتركة، ربما لم يتعاقدوا فيما بينهم. وعليه يركز تحديد الهدف المنشود والمعروف من كل الفقاء على قرينة مستنتجة من وجود عملية إجمالية ساهموا فيها وليس من التعبير عن إراداتهم. وهذا المشاركة، إلا أن لا يمتز إلا عن وهم، لا تشكل وحدها معياراً كافياً لتحديد امتداد إرادات أعضاء المجموعة العقدية. وبعبارة أخرى، إذا كان منشط المجموعة قد جملة تحقيق المجموعة عاقد العزم بالتأكيد، فليس ثمة أي يقين يتعلق بتعدد المتعاقدين داخل المجموعة: هؤلاء المتعاقدون يقدمهم إلى التعاقد تنفيذ تقديمهم الخاص بهم.

يضاف إلى ذلك أن التحليل المعتمد يستوحي مفهوماً للسبب أخذ به اجتهد⁽¹⁾ غير متوافق مع انتشاره الحالي. وبالفعل لا تقيم محكمة النقض اليوم وزناً لهدف الذي ينشده الفقاء إلا لتقدير مشروعية السبب وليس وجوده⁽²⁾.

إن مفهوم الفردانية الذي يقارن أحياناً بالسبب⁽³⁾ يثار أيضاً لتمييز وجود مجموعة العقود⁽⁴⁾.

ويمكن في أول الأمر التفكير في فردانية موضوعية تحقق «تراكم العقود الطبيعي»⁽⁵⁾. بيد أنه يبدو افتراض فردانية كهذه مستحيلًا عندما تكون العقود المتميزة التي تندمج في قلب المجموعات موجودة بحد ذاتها بدون أن تكون بحاجة قانوناً إلى دعم عقود أخرى. وتبقى استقلالية العقود القانونية هي القاعدة. ولا يعود إثبات الانقسامية من الممكن أن يركز إلا على معايير حديثة واقتصادية محيطها غامض إلى حد كبير. يبدو إذاً أن بإمكان المشرع وحده تنظيمها⁽⁶⁾.

وإلا يمكن عندئذ الاستدانة نحو فردانية ذاتية. وهي مع ذلك صعبة الإثبات ذلك بأنه من الامتنائي أن يعبر الفقاء في عقود مختلفة تشمل المجموعة بشكل صريح عن إرادتهم في جعلها غير قابلة للإنفصال.

758 - تتكرر مجموعات العقود لمبدأ نسبة الاتفاقيات.

لا تعود علة الغموض الثانية إلى مفهومي الموضوع والسبب وإنما إلى مدى مبدأ نسبة الاتفاقيات المنصوص عليه في المادة 1165 من القانون المدني. وبالفعل تركز نظرية

(1) انظر B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 66، صفحة 36 والتعليق 9.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 841 وما يليه ورقم 879 وما يليه. انظر الرقم 685 السابق.

(3) انظر B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 315، صفحة 164.

(4) انظر J. CARBONNIER، المراجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، الفقرات 20، صفحة 54. Ph. DELEBECQUE، La notion de groupes de contrats: quels critères، دفتر قانون المناولات، 2/1989، صفحة 25.

(5) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 318، صفحة 164.

(6) انظر في هذا الاتجاه J. MOURY، De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994، صفحة 255، وما يليها ولا سيما رقم 10، صفحة 281.

مجموعات العقود على نقد فهم فرداني للمفعول النسبي⁽¹⁾، يتيح وضع حدود هذا المفعول تجاه الأشخاص أعضاء المجموعة وليس تجاه الفرقاء المتعاقدين. وفي هذا الشأن يكشف انطلاق الدعاوى المباشرة للإبقاء وللضمان «وجود علاقات عقدية بين فرقاء المجموعة نفسها» مما يستبعد أن يكون هؤلاء الفرقاء «معتبرين كغير في علاقاتهم المتبادلة مما يستبعد مبدأ النسبية في صميم المجموعات»⁽²⁾.

ومن البديهي أن المفعول النسبي يراعي، وليس ذلك إلا بسبب توسيع مفهوم الفريق في العقد. إن مفهوماً كهذا، كما بين السيد Conte، يقطع «الحبل السري الذي يربط دائماً بين المادتين 1165 و1134»⁽³⁾ عندما يمد صفة الفريق إلى شخص لم يبرم العقود جميعاً وليست له سلطة تعديلها ولا وضع نهاية لها باتفاق الإرادات، أي بإجراء عقدي، واستناداً إلى مفهوم كهذا للمادة 1165 رفضت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها منذ وقت قريب حق صاحب العمل المستقل في ممارسة دعوى المسؤولية العقدية ضد مقاول من الباطن⁽⁴⁾. فتنظرية مجموعات العقود المرتكزة على مفهوم «موضوعاني» لمبدأ الفريق المبني على التبادل الاقتصادي وحده تناقض معياراً ذاتياً مبنياً على دور الإرادة في الإجراء العقدي. إن مفهوماً كهذا لا يسمح بأي تسوية هو مصدر غموض يضعف الأساس القانوني للمفهوم الفقهي للمجموعة. وهذا المفهوم الذي يعبر عن إرادة تأمين التوقعات العقدية أكثر مما يعبر عن الأخذ في الحساب الحقيقة الاقتصادية، ويقلب عدداً من المبادئ الموجهة للعقد، له أساس هش. ودراسة ملاء تثير بعض التساؤلات.

(2) مدى غامض

759 - تقوم مجموعة العقود بقسمة غير موزونة بين الدعاوى المباشرة.

يكشف مفهوم المجموعة العقدية المطبق على دراسة الدعوى المباشرة عن حدوده. فقد أخذ السيدان Teysnière⁽⁵⁾ وNéret⁽⁶⁾ بأنه يجب التفريق بين الدعاوى المباشرة الداخلة في مجموعة عقدية وتلك التي ليست مندمجة فيها. فالأولى يمكن أن تكون - وكانت - مقبولة من قبل المحاكم خارج النص التشريعي عندما لا تناقض المبدأ الموسع لنسبية الاتفاقيات، والمقصود الدعاوى المباشرة غير التامة⁽⁷⁾. والأخرى، بالمقابل، أي الدعاوى

(1) B. TEYSSIER، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 54 وما يليه.

(2) B. TEYSSIER، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 584، صفحة 292.

(3) التعليق المذكور سابقاً، صفحة 802. وكذلك J. MESTRE، Les principes de l'effet relatif et de sa relativité، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، رقم 10، صفحة 125 وما يليها.

(4) 12 تموز 1991، المذكور سابقاً.

(5) المرجع عينه، رقم 560، صفحة 280.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 433، صفحة 316.

(7) انظر J. NERET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 440، صفحة 319.

المباشرة التامة، تشكل مفاهيم أصلية لهذا المبدأ ولا يمكن أن تكون مقبولة، استثنائياً، إلا على أساس قانوني.

ويدور تفريق كهذا غير صحيح على الصعيد التاريخي. وبالفعل كانت المحاكم تقبل بعض الدعاوى المباشرة التامة، في حين أن المشتري لم يجزها صراحة، وتشكل دعوى الضحية المباشرة للإيفاء ضد مؤمن المسؤولية المثال الأبرز وقد قبلتها محكمة النقض في حين أن إنشاء دعوى كهذه لم يكن ناتجاً عن حربية قانون عام 1913 ولا عن أعماله التحضيرية⁽¹⁾. بيد أن الأمر يتعلق بمثال واحد. فقد أجاز الاجتهاد ممارسة دعوى مباشرة لصالح الخزينة ضد الوديعين العموميين للأموال العامة وضد الغير الحائز⁽²⁾، ولصالح الوكيل المختص بالدعاوى ضد الفريق المتخلف عن الحضور⁽³⁾ وصناديق الضمان الاجتماعي ضد المسؤولين عن الحوادث التي تصيب التابعين لهم⁽⁴⁾ مع أنه ليس ثمة أي نص تشريعي كان في أساس هذه الدعاوى.

لا شك في أن غياب إجازة كهذه لا يستوجب بالضرورة غياب مناسبة الصلة بموضوع نظرية مجموعات العقود في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة الموضحة فيها. ولأن الاجتهاد في أساس الدعاوى المباشرة التامة، رغباً عن العقبة التي تشكلها المادة 1166 من القانون المدني، يمكن الاستنتاج أن معيار التفريق بين الدعاوى المباشرة لا يشكله بالضرورة هذا المفهوم «للمجموعة العقدية».

760 - لمجموعات العقود قيمة وضعية وحسب.

إن واقع كون الدعاوى المباشرة ليس لها أي أساس تقليدي مرضي⁽⁵⁾ وكون انتشارها الحالي يتدرج إلى حد كبير في قلب سلاسل عقود لا يعنيان بالضرورة أن هذه السلاسل تشكل «مجموعات» متماسكة تفسر هذا الانتشار. وبعبارة أخرى إن التراكم وحده للدعاوى المباشرة وما يوصف «بمجموعات العقود» لا يستدعيان أن تكون هذه المجموعات مفسرة هذه الدعاوى أو أن تكون الدعاوى المباشرة كاشفة وجود المجموعات. ويستوجب أقل من ذلك أن يشكل مفهوم المجموعة العقدية محاولة تمويه فقهي بالاستدلال بالضد. إن معظم الدعاوى المباشرة، سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة، تم قبولها سابقاً بتدخل هذا المفهوم ولا أسباب تمويه أجنبية عنها⁽⁶⁾.

(1) انظر الرقم 718 السابق.

(2) المرجع عينه.

(3) انظر الرقم 717 السابق.

(4) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 130 وما يليه.

(5) انظر الرقم 736 السابق وما يليه.

(6) انظر الرقم 715 السابق وما يليه.

761 - ليس لمجموعات العقود أي نظام قانوني خاص.

قبل حكم الهيئة العامة في محكمة النقض يكامل أعضائها في 12 تموز 1991⁽¹⁾، في مادة المسؤولية من القانون العام بشكل أساسي، طرحت مسألة النظام القانوني للدعوى المباشرة⁽²⁾.

ولا يستوجب الأخذ، في صميم مجموعات العقود، بأن دعوى المسؤولية «عقدية بالضرورة»، بله العمل قلياً بأي نظام قانوني خاص، خارج استبعاد نظام المسؤولية التقصيرية. بيد أن هذا الوصف، كما رأينا⁽³⁾، يقتع إرادة منح امتياز توقعية المدين الفرعي العقدة. وليس ما يندش قبول الغرفة المدنية الأولى إمكانية الدائن في مقاضاة المدين الفرعي «ضمن الحد المزدوج لحقوقه وامتداد تعهده»⁽⁴⁾. على أن وجود هذا «الحد المزدوج» أثار تساؤلات عديدة مما يقتض مدئ اللجوء إلى مفهوم المجموعة العقدية.

وهذه التساؤلات جرى التعبير عنها على وجه الخصوص في المادة العقارية. فقد بدأ النظام في أول الأمر مناقضاً لأحكام قانون 4 كانون الثاني 1978 المتعلق بمسؤولية البائين. فهذا النظام يستبعد المقاول من حقل تطبيقه، إلا في الفرضية المبينة في المادة 1792 - 4 من القانون المدني عندما يكون أيضاً صانع المكونات. إن السماح للمقاول من الباطن بالإضافة من عقد مبرم بين المقاول الأصلي وصاحب العمل المستقل يتيح بصورة غير مباشرة اندماجه في حقل تطبيق القانون وجعل المادة 1792 - 4، التي تطبق على صانع المكونات الذي يمكن أن يكون المقاول من الباطن، المسؤولية وحدها الملزمة «على عاتق مؤجر العمل المستقل الذي بدأ بدون تعديل (...)». بتنفيذ العمل المستقل بقسم من العمال المستقل أو بتعصر تجهيز، بلا موضوع⁽⁵⁾. يضاف إلى ذلك أن النظام يمكن أن يولد أوضاعاً معقدة. وهكذا بإمكان صاحب العمل المستقل الذي يعمل في حدود حقوقه التملك بخصوص الضمان القانوني الملقى على عاتق البائي في حين أن المقاول من الباطن، الذي يواجهه بمدى تعهده، يمكنه أن يعكس الحجة بأنه غير خاضع إطلاقاً لهذا النظام⁽⁶⁾. ويبدو أخيراً، خارج المجال العقاري، من الصعب تحديد حل عندما ينص أحد العقود على موجب أسباب تسويغ والآخر على موجب نتيجة⁽⁶⁾. وبصورة أعم عندما لا يكون العقدان خاضعين لنظام

(1) المذكور سابقاً.

(2) انظر حول معارلات إقامة نظام متماثل، G. VINBY, L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats, la responsabilité des participants, 420 وما يليها - R. DE QUÉNAUDON، تملين على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 تشرين الأول 1989، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة II، G، 21568، رقم 9 وما يليه.

(3) انظر الرقم 732 السابق.

(4) 8 آذار 1988 المذكور سابقاً.

(5) J. P. KARILA, Garanties légales et responsabilité de droit commun des locataires d'ouvrages, 321، صفحة من العرض.

(6) Ph. RÉMY، ملاحظات في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 110.

قانوني مماثل، تثير ممارسة الدعوى صعوبات بالضرورة.

والحظوة الممنوحة للمقاوم من الياطن التي أنشأها، فضلاً عن ذلك، مفهوم المجموعة العقدية، لا تحلل نظام الدعاوى المباشرة للإيفاء. وكما سنرى⁽¹⁾ ينزع هذا النظام بالفعل إلى إعطاء امتياز لحائز الدعوى بتأكيد الحق الخاص الذي يحوزه ضد المدين الفرعي.

762 - لا تشكل النظرية الفقهية لمجموعات العقود التي لها أساس هش ومدى غامض تفسيراً مرضياً للدعوى المباشرة.

ينبغي إذا الرجوع إلى المصادر الفقهية للإوالية لنهم أنها كانت إلهام الاستنتاج نظرية مستقلة من ذلك.

ب - محاولة نظرية جديدة: الدعوى المباشرة أوالية تصحيحية مستنتجة من مبدأ عدالة للمعاوضة.

763 - النيل من الإنصاف غير كافٍ لتسوية قبول الدعوى المباشرة.

المسألة التي يقتضي حلها هي مسألة معرفة سبب تمكن الفقه والاجتهاد من اكتشاف مفهوم الدعوى المباشرة خلال القرن التاسع عشر، في حين أن أوالية كهذه كانت تصطدم، من جهة أولى، بمبادئ نسبية الاتفاقيات والمساواة بين الدائنين، وتتجاوز، من جهة ثانية، القانون العام للدعوى غير المباشرة.

وقد ظهر تحليل للأدب القانوني بين عامي 1821 و1914 أي في حقبة ظهرت فيها «النظرية التفسيرية» للدعوى المباشرة⁽²⁾، بين أن معظم قانوني تلك الحقبة، رغمًا عن اعترافات كانت موجودة، بدون الأخذ بنصوص المواد 1165 و1166 و2092 وحدها، أراد تجاوزها استناداً إلى النيل من الإنصاف التي ولده العمل بها في بعض الأوضاع.

وهذا النيل إذا كان يثار على الدوام⁽³⁾، فليس في وسعه أن يسوّغ إلا قبول امتياز على دين⁽⁴⁾ بدون السماح بممارسة دعوى مباشرة في ذمة الغير المالية.

وقد شاء السيد Jestaz تفسير وجود الدعوى المباشرة بالأخذ بأن هذه الدعوى يجب أن تنجح للدائن الحصول بأسرع ما يمكن على تجميد دينه في ذمة الغير المالية وتحصيل مبلغ دينه منها بسرعة⁽⁵⁾. وهذا التحليل مهما كان مغريباً لا يتعلق إلا بمفاعيل الأوالية بدون تحليل

(1) انظر الرقم 813 الألاح وما يليه.

(2) انظر الرقم 716 السابق وما يليه.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، ٧ الإنصاف، والإسنادات المستشهد بها، ولا سيما رقم 299، صفحة 268.

(4) انظر Ph. JESTAZ، L'urgence et les principes classiques du droit civil، منشورات L.G.D.J، مقدمة P. RAYNAUD، رقم 171، صفحة 147.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 172، صفحة 147.

أساسها: لماذا تفرض العجلة نفسها في بعض الأوضاع؟

غير أن القليل من المؤلفين أعلن رأيه صراحة وليس مجزئاً أثنان القرن التاسع عشر مما يجعل تحديد أساس للدعوى المباشرة يتوافق مع المفهوم الذي كان لدى الطائفة القانونية أشد صعوبة. إلا أن نصين مهينين للسيدتين Labbé و Demolombe كان الاستثناء. فقد أتاقت دراستهما تحديد أسباب وجود الدعاوى المباشرة والتفريق، في صميمها، بين التي تتوافق مع إرالية تصحيح مبدأ نسبية الاتفاقيات وتلك التي تماثل بأنماط الإيفاء المختصرة.

1) الإرالية المصححة مبدأ نسبية الاتفاقيات

764 - إن نصي Labbé و Demolombe يكشفان فكرة مؤلفي القرن التاسع عشر إذ استعداء، وقد جاء بعد القبول الاجتهادي للدعاوى المباشرة، التفسيرات التي قدمت لتسويتها وناقشها، بدون التنكر للطريقة التي استوحاها أسلافهم.

765 - فرضية Demolombe

أخذ Demolombe بأن الدعاوى المباشرة التي تنشئها، حسب رأيه، المواد 1753 و 1798 و 1994 من القانون المدني والمادة 133 من مدونة الإجراء المدني والمادة 3 من مرسوم 12 كانون الأول 1806 تسوّج بالإتصاف بكون حائزها هم مدعو القيمة الموضوعة في ذمة مدّينهم المالية. ويستنتج المؤلف من ذلك أن «الدائنين الآخرين يثرون بالفعل بمحضرتهم إذا جرى تسديد ديونهم من هذه القيمة قبل الدين تم إرضائهم منها»⁽¹⁾. بيد أن تحليلاً كهذا لا يسوّج سوى وجود امتياز⁽²⁾. والحال أن المؤلف يعارض هذه المماثلة. إنه يبين بالفعل أن إدارة عمل المقاوم من الباطن عن طريق الموكل، يسوّج العامل والوكيل وجود دعوى مباشرة وشخصية لصالحهما⁽³⁾. كما أن إشغال المستأجر من الباطن الأماكن المؤجرة من المؤجّر يسوّج دعوى هذا المؤجر المباشر. وهذه الدعوى تفرق تقنياً عن الامتياز طالما أن حائزها الذين يقاضون مباشرة في شأن ذمة المدين الفرعي المباشرة ليسوا في تناقض مع دائتي المدين الوسيط الآخرين⁽⁴⁾. وفي ما عدا ذلك أتاح الرباط القانوني الذي يعتبر عنه الفضول وإشغال الأماكن المؤجرة، اللذان إذ يسوّجان وجود دعوى مباشرة، للمشتري وضع هؤلاء الدائنين المفضلين «أنفسهم مباشرة في مواجهة المدين الحقيقي الذي هم أنفسهم

(1) Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général، الجزء XXV، الطبعة الثانية، 1871، رقم 139، صفحة 144.

(2) M. CABRILLAC et Ch. MOULY، Droit des sûretés، منشورات Litec، 1980، رقم 571، صفحة 441.

(3) المرجع عنه، رقم 139، صفحة 144 وصفحة 145.

(4) المرجع عنه، رقم 140، صفحة 146: «يستوجب الامتياز بالضرورة أن يكون الدائنون الذين يفعل أحدهم على الآخرين أمام مدين مشترك مدين واحد ووحيد».

بالفعل دائره الحقيقين⁽¹⁾.

ويمكن، رغمًا عن صعوبة تفسير نص قديم غير خالي من اللبس، أن يستخرج من برهنة Demolombe إرشاد مزدوج. فالمؤلف، من جهة أولى يخلط بين البرهانيين الاقتصادي والقانوني عندما يفتر دعوى المؤجر المباشرة بإشغال الأماكن المؤجرة مظهرًا هنا واقعة أن المستأجر من الباطن يرى بمضرة المؤجر بفعل هذا الإشغال إذا لم يكن بإمكان هذا المؤجر أن يحصل منه مباشرة مبلغ بذل إيجاره. وبعبارة أخرى تكون زيادة قيمة ذمة المستأجر من الباطن الحالية غير عادلة إذا لم يكن بإمكان المؤجر الذي هو في أساسها استيفاء المقابل. واللجوء إلى الفضول الذي لم يفضل المؤلف إلا بالنسبة إلى العامل⁽²⁾، من جهة ثانية، يومي، عن طريق شغل هذا العامل، بزيادة قيمة الذمة المالية «لمن تمت الأشغال له»⁽³⁾، أي صاحب العمل المستقل. وهذه الزيادة في القيمة، مرة أخرى، لا يمكن أن تبقى وفقًا لأحكام المادة 1375 من القانون المدني بدون مقابل.

وهكذا تتوافق الدعوى المباشرة مع مبدأ عدالة المعايضة، إذ تستوجب زيادة قيمة ذمة المستأجر المدين الفرعي المالية التي كان الدائن في أساسها أن يستوفي هذا الدائن من المدين الفرعي ما يعادل القيمة الداخلة في ذمته المالية.

إن تحليلًا كهذا مؤكد ومتجاوز بفرضية Labbé المهمة.

766 - فرضية Labbé.

يبدأ المؤلف دراسته بالاستناد صراحة إلى أعمال Demolombe⁽⁴⁾. إنه يعارض التفسير القانوني للدعوى المباشرة التي ظن ملغى أنه من الممكن أن نجده في مفهوم الفضول وإشغال الأماكن المؤجرة. وذلك هو السبب الذي، في عرقه، تنشئ المواد المشتبه بها امتيازات أصيلة للدين⁽⁵⁾.

إن Labbé يبنّي قبولها على معيار مزدوج، إما أن الامتياز يرتكز على الفكرة في أن ذمة «امتيازًا للدين أعطيت له وجوده على حسابه إراديًا»⁽⁶⁾، مما يشمل بشكل أساسي الأوضاع الممنوحة للعمال وموزدي المعدات بحرسوم 26 بلوفيز العام II، وللعمال بالعادة 1798 من القانون المدني وللمؤجر على أساس مادته 1753، وإما أن يرتكز الامتياز على الفكرة في أن

(1) المرجع عنه رقم 138، صفة 145 (الأحرف المائلة في النص).

(2) يمكن الشك في قيمة التفسير في ما يتعلق بالوكيل، إذ يحدّر على الفكر أن يفهم ماذا قام به هذا الوكيل في شأن إدارة قضية الفريق المختلف عن الحضور.

(3) المرجع عنه، رقم 139، صفة 145.

(4) Des privilèges spéciaux sur les créances، المجلة النافذة للتشريع والاجتهاد، 1876، رقم 2، صفة 572 ورقم 3، صفة 573 وصفة 574.

(5) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 3، صفة 574 وصفة 575.

(6) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 28، صفة 675.

«المراجعة الناشئة عن دعوى شخصية ممارستها ويجب أن تفيدها حصراً»⁽¹⁾. إن الأمر يتعلق بفرضيات استناداً إلى ضمان نزاع اليد وتأمين المخاطر الإجبارية وخضد مراجعة الجبران وعن طريق تخصيص الدائنين المرتهنيين العقاريين بالتعويض المتوجب عن تأمين عقار احترق.

إن فرضية المؤلف، المحددة على هذا النحو، تسوّغ إنشاء الامتياز الوحيد المبني على إدخال قيمة في ذمة المدين المالية⁽²⁾. على أن Labbé، إذا كان ينفي وجود دعوى مباشرة في غياب راط قانوني بين الدائن ومدينه⁽³⁾، فهو يأخذ أحياناً في الحسبان وجود رباط كهذا.

فقد كتب، مثابراً على دراسة مرسوم 26 بلوفوز العام II لمقارنته بالمادة 1798 من القانون المدني، بأن العمال «صاحموا» بتنفيذ الأوامر وتجسيد فكرة الغير، في إنشاء البناء المتوجب ثمنه⁽⁴⁾ لكي يخلص إلى القول إن «الدائنين الذي شاركوا في العمل المستقل لهم دعوى توصف بالمباشرة»⁽⁵⁾. والمؤلف، من جهة ثانية، ينكر على الذين لم يشاركوا فعلياً في بناء العمل المستقل حق حيازة امتياز⁽⁶⁾. وهذا هو بداهة حال تاجر المعدات ذلك بأن «الرباط الذي يوحّد بين هذا الدين بالعمل المستقل أضعف بكثير»⁽⁷⁾. ويقدم Labbé معيارين يمكن أن يكونا معياري دعوى مباشرة محتملة: نقل القيمة التي يقوم بها العامل بزيادة قيمة ذمة صاحب العمل المستقل المالية بزيادة مشاركته الفعلية في بناء العمل المستقل ورباط التلازم الموجود بين العمل المقدم والنتيجة الحاصلة.

ولا يكتفي المؤلف، في ما عني بسبب التسويغ الثاني للامتياز، بالأخذ بأن العمل الذي نشأ في ذمة الدائن المالية يجب أن يستفيد منه وحده. إنه يكمل ذلك بالأخذ، غير مره⁽⁸⁾، بأن الضرر الحاصل لا يمكن أن يبقى بدون تعويض. وهكذا يرى Labbé، في مادة التأمين ضد مراجعة الجبران، إن القضاة، إذ يتيحوا لهؤلاء الدائنين التغلب على دائني المؤمن الآخرين، «يقردون التأمين بذلك إلى غايته الأخيرة الطبيعية إلى أقصى حد»⁽⁹⁾. وعليه يمكن التفكير في أن مقصد الضمان هو الذي يسوّغ وضع التفضيل المعطى لدائني التعويضات.

وهكذا يبين Labbé، على مضض طالما أنه يأخذ بفكرة الامتياز، المعايير التي تسوّغ وجود دهاوى مباشرة تتيح بالفعل تفسير القسم الأكبر من الدعاوى المقبولة اليوم.

(1) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 30، صفحة 679.

(2) انظر M. CABRILLAC et Ch. MOULY، المرجع عنه، الطبعة الثانية، رقم 646 وما يليه.

(3) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 2، صفحة 572 في صدور المادة 1753 من القانون المدني.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 4، صفحة 576.

(5) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 6، صفحة 576.

(6) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 13 وما يليه، صفحة 583 وما يليها.

(7) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 12، صفحة 583.

(8) انظر Ch. JAMIN سابقاً، رقم 305، صفحة 273 وما يليها، والخلاصات المشهده بها.

(9) المقالة المذكورة آنفاً، رقم 33، صفحة 681.

767 - يتبع تحديد حلة وجود الدعوى المباشرة الخروج من البديل الذي حصره فيها الاجتهاد.

تكشف دراسة قبول الدعوى المباشرة ثم انتشارها، على الصعيد التاريخي، الدينامية الثابتة لهذه الإوالية، رغمًا عن الأغلال النظرية التي حاولت المذاهب المتعاقبة والمتناقضة حبسها فيها.

وهكذا شاء قانونيو القرن التاسع عشر، في أول الأمر، عدم قبول الدعوى المباشرة إلا في وجود رباط قانوني بين حائزها والمدين الفرعي، ثم قام الفقه بالضغط، منذ السنوات الأولى للقرن العشرين، بقلب تحليله بحيث لا يصف بالدعوى المباشرة إلا الدعاوى التي، إذ تحوز أساسياً قانونياً صرفاً، كانت مجردة من رباط كهذا. وأخذ بعض المؤلفين، بالقيام بانقلاب جديد في هذه السنوات الأخيرة، منذ ذلك الوقت بأن العديد من الدعاوى المباشرة المدعى أنها قانونية يكشف في الحقيقة وجود مجموعات عقدية متميزة عندما يكون لحائزي دعاوى كهذه رباط بالمقد الأولي⁽¹⁾.

وهذه المذاهب المتعاقبة، رغمًا عن تناقضاتها، تحبس الدعوى المباشرة في بديل واحد: إما أن يكون لحائزها رباط قانوني بالمدين الفرعي ولا تكون الدعوى التي يحوزها بحاجة على الإطلاق إلى نجدة القانون، وإما أن يكون هذا الرباط معدوماً ولا يمكن عندئذ أن يكون للدعوى إلا أساس قانوني.

وقد بينّا أن أيًا من هذين الطرحين لا يحلل الدعوى المباشرة سواء على الصعيد النظري⁽²⁾ أو من وجهة نظر تاريخية عندما لا يفسر أي منهما علة وجودها، بل يكتفي بشيخ توافقها مع المبادئ المتحدرة من المادتين 1165 و 2092 من القانون المدني.

وحاولنا العودة إلى منشأ وفهمتها وليس إلى منشأ الإوالية (الذي يستحيل تأريخه) كي نحاول، خارج النقاشات التقنية، فهم علة وجودها⁽³⁾، وهذه العلة تتجاوب مع فئتين من الأوضاع هما التعبيران عن مبدأ مشترك، هو مبدأ عدالة المعاملة.

768 - ازدياد قيمة اللزمة المالية وتلازم المرجيات.

الدعوى المباشرة، حسب فئة أولى أبرزها Demolombe⁽⁴⁾، تعاقب ازدياد قيمة ذمة المدين الفرعي المالية من قبل حائز الدعوى المباشرة (مثال ذلك: تحقيق الأشغال)، في حين أن ثمة رابطة تلازم موجود بين موضوع تقديم حائز الدعوى وتقديم المدين الوسيط (مثلاً:

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 حزيران 1988، المذكور سابقاً، وكذلك Ph. DELEBECQUE, La notion de groupes de contrats: quels critères, 2/1989، الطبعة B، صفحة 26.

(2) انظر الرقم 715 السابق وما يليه.

(3) انظر الرقم 719 و 763 السابقين وما يليهما.

(4) انظر الرقم 765 السابق وما يليه.

تحقيق أشغال تساهم في بناء عقار من قبل المدين الوسيط).

وهذا المعيار المزدوج يغطي فرضية العقد من الباطن، باستثناء الحالة التي يكون فيها الرباط الذي يوحد بين هذا العقد والعقد الأصلي واحياً (مثلاً: توريد معدات بلا شكل محدد يمكن استعمالها في مهمات مختلفة).

إنه يظهر، عدا ذلك، وجود مفهوم للعقد مرغوض اعتيادياً من المكان الراجع المعطى للإرادة يصير على مبدأ تبادل متميز بانتقال متبادل للقيمة⁽¹⁾. وهكذا يملك الدائن الأصلي، وقد زاد بفعله قيمة ذمة المدين الفرعي المالية بنون أن يتلقى أي شيء كعقار إذا كان مدينه المباشر معسراً، وإالية قانونية تتيح له تحصيل مقابل زيادة القيمة التي كان في أساسها. فالدعوى المباشرة بالتالي، إذ تتيح لمفهوم العقد القيام بوظيفة في التبادل خارج أي تعبير عن الإرادة هي أداة في خدمة عدالة المعاوضة، ذلك بأنها تسهل إقامة توازن اقتصادي اختل بين ذمتي الدائن والمدين الفرعي الماليين.

769 - التخصيص التعويضي وتلازم الموجبات.

يعبر أحد مظاهر الدعوى المباشرة عن صيغة الأمر بالتعويض الذي لا يسمح بتأمينها العمل بالمادة 1168 من القانون المدني وحده.

والمثال الأفضل على ذلك تشكله الدعوى المباشرة للإيفاء التي تمارسها الضحية ضد مؤمن المسؤول⁽²⁾. وبالفعل إذا كانت الوظيفة العقدية لتأمين المسؤولية تقضي بتغطية مخاطر المسار المؤمن فإن وظيفتها الاجتماعية تتجاوب مع هاجس التعويض على الضحايا الذي يوسع انتشار التأمين الإلزامي⁽³⁾. فالدعوى المباشرة تعبر عن هذه الوظيفة على صعيد تقني بأن «يصل التأمين إلى غايته النهائية الطبيعية»⁽⁴⁾. إنها تشكل، وقد تجاوزت حكم الإنصاف الذي كان في أساسها، اتقاناً تقنياً لتحليل العقدية⁽⁵⁾ فهي مادة التأمين مما يفسر انتشارها.

والمثال الثاني له سمة الدعوى المباشرة للضمان التي يمارسها مكتب الملكية الثاني ضد بائع سابق، ومكتب الملكية أو مكتب عقار أو مكتب ملكيته الثاني ضد من بنو أو أخيراً صاحب العمل المستقل ضد الصانع. وإذا كان مبدأ التابع، من وجهة نظر تقنية، يتيح

(1) انظر الرقم 782 اللاحق.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 231 وما يليه.

(3) الشخصية: مقابليها، رقم 397، صفحة 465.

(4) J. E. LABBÉ، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 33، صفحة 881. وكذلك Ch. LARROUMET، Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé، مطبوعة في بوردر، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968، رقم 186، صفحة 417 وصفحة 418: Réflexions sur la responsabilité. جامعة McGill، 1983، صفحة 27 وصفحة 28، M. COZZAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 453، صفحة 275.

(5) Ph. JESTAZ، الفهرس المدني (1972)، V، الإنصاف، رقم 26.

اليوم القبول، فإن هذا القبول مبني على واقع أن «الضمان قائم لصالح الشاري وحسب»⁽¹⁾.

وقد رأينا أن محكمة النقض منحت مكتب الملكية الثاني الإفادة من الدعوى المباشرة بسبب السيئات التي تولدها الدعوى غير المباشرة (oblique)⁽²⁾. والحال أن السببتين المستخرجتين من ممارسة دعوى غير مباشرة (اقتسام ثمار دعواه مع دائني المدين الوسيط الآخرين واستحالة ممارسة ضمان هذا المدين الوسيط إذا لم يكن متوجباً لمكتب الملكية الثاني)، ما أن يكون بإمكان مكتب الملكية الثاني أيضاً المقاضاة للمسؤولية العقدية، حتى تتلاشان⁽³⁾. وذلك علة وجود الدعوى المباشرة حتى التي يعاد النظر فيها إذن. وهذا الوضع يمكن احتمالياً أن يحث على رد إولاية كهذه في مادة المبيعات المتعاقبة⁽⁴⁾.

وليست الدعوى المباشرة مقبولة هنا أيضاً إلا لأنه يوجد رباط تلازم بين دين حائز الدعوى المباشرة ضد مدينه والدَيْن الذي يملكه هذا المدين ضد المدين الفرعي. وهكذا ليس دين المؤمن ضد المؤمن موجوداً إلا بسبب دين المؤمن تجاه الضحية وموضوعه الضمان. كما أن دين البائع الأصلي تجاه البائع الوسيط ليس موجوداً إلا بسبب دين هذا البائع الوسيط هو مكتب الملكية الثاني عقب بيع مال مشوب بالعيب أو بعدم المطابقة.

ويتقضي بالتالي إضافة رباط التلازم هذا إلى التخصيص التعويضي.

وقد استندت الغرفة المدنية الأولى ضمناً، في 4 تشرين الأول 1988⁽⁵⁾، إلى التلازم لمنح دعوى مباشرة للإيفاء. ففي القضية المعنية، كان مكتب ملكية شقة مصابة بخلل يمنع الإقامة فيها قد قاضى بائعه لفسخ عقد البيع فدعا هذا البائع المهندس المعماري للمقاول للضمان. فاعلنت محكمة الاستئناف وقد تلقت مجموعة طلبات مكتب الملكية، إن المهندس والمقاول مسؤولان بالتضامن عن العيوب وإدانتهم بالضمان حتى 50% من إدانة البائع باستثناء رد ثمن البيع. وبما أن هذا الحكم أصبح نهائياً، قام مكتب الملكية القديم، بعد أن أصدر أمراً بالدفع للمقاول، بمقاضاته للإيفاء. وقد قبل قضاء الأساس طلبه، وركز المقاول طعنه حول انتهاك القواعد الخاصة بالدعوى غير المباشرة. فاستبدلت محكمة النقض بأسباب تسوية تحليل محكمة الاستئناف وحكمت بأن «المبالغ متوجبة على شركة R... [المقاول] التي أدبنت بضمان M.P. . . [البائع] استناداً إلى حكم نهائي بسبب دين البائع تجاه M.G.B. [الشاري] الذي يملك حقاً مباشراً على هذه المبالغ».

(1) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, الجزء XXIV، رقم 229، صفحة 229 وصيغة 230 - A1. AREF, *De la théorie générale de la garantie pour vices cachés*، أطروحة لي باريس، 1936، صفحة 68.

(2) انظر الرقم 721 السابق.

(3) حكم غرفة العرائض، 8 آذار 1937، المذكور سابقاً.

(4) انظر حول القانون الوضعي الرقم 793 اللاحق وما يليه.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 تشرين الأول 1988، النشرة المدنية، I، رقم 263، صفحة 181 وكذلك التقض المدني، 1988، صفحة 227 وما يليه، رقم 5.

770 - تنج الدعوى المباشرة لعدالة المعاوضة التغلب على مبدأ نسبة الاتفاقيات.

رأينا أن معظم الدعوى المباشرة كان مبنياً - عن خطأ أو صواب - على شعور النيل من الإحساس العام بالإنصاف.

وهذا الإنصاف يسمح بالفعل بتلطيف «صلابة القوانين» باعتبارها «استثناء لقادتها»⁽¹⁾. وهكذا يمكن أن لا تكون الدعوى المباشرة، عندما تشكل أحد التعابير التقنية العديدة، سوى استثناء للمبادئ العامة المؤكدة في المادتين 1165 و2092 من القانون المدني⁽²⁾.

يبد أن الإنصاف، سواء أكان مدمراً للقانون أو يديلاً عنه⁽³⁾، نادراً ما يتيح تجاوز مجال الحالات الخاصة. فالدعوى المباشرة، بانتشارها الثابت والمكان المتنامي الذي تحتله في القانون الوضعي، أصبحت قاعدة قانونية أصيلة بحيث نادراً ما أصبح من الممكن بناؤها على الإنصاف.

فالدعوى المباشرة في الحقيقة تشكل التعبير التقني عن مبدأ عدالة المعاوضة.

وقد ظهر هذا المبدأ بداهة في ما يتعلق بالمعيار الأول الذي يتناه: من ينقل قيمة إلى ذمة الغير العالية يجب أن يجد ما يعادلها. وهو يفرض نفسه على الثاني. ولا شك في أن التخصيص التعويضي يمكن ما يظهر كمبدأ منفعة اجتماعية (في التأمين مثلاً) ودعواء المباشرة تدفع المنطق التعويضي إلى حده الأقصى؛ ولكن ألا يحبر قبل كل شيء عن الإرادة القانونية في إقامة توازن اختل بحصول الضرر؟⁽⁴⁾

وهكذا تشكل الدعوى المباشرة، وقد تجاوزت الأساس الذي كان يمكن أن يكون أساسها، قاعدة قانونية أصيلة هدفها، إذ نُعمل مبدأ عدالة المعاوضة، تصحيح صلاية مبادئ نسبة العقود والمساواة بين الدائنين بإظهار وجود صيغة أمره أخرى تناقض العمل به.

وهي تبدو، على صعيد نظري، التعبير عن حركة جدلية تنعش الفكر القانوني. إن القانونيين، كما برهن على ذلك Edmond Bertrand، لا يخلقون بالضرورة استثناءات للمبادئ التي يؤكدونها، وإنما مبان أخرى ثاني، ولها مجالاتها وتوسيعاتها الخاصة، لتكمّلها وليس لمناقضتها⁽⁵⁾. ويبدو أن ذلك حال الدعوى المباشرة التي، وهي بعيدة عن أن

(1) Sirey - Dalloz 1978, E. AGOSTINI, L'équité، صفحة 8 من العرض، رقم 3.

(2) من المناسب بيان أن هذا الإدراك للدعوى المباشرة يحوي جرثوم مفهوم حصري للإلالية (انظر A. DURANTON، المرجع عنه، الجزء II، صفحة 34) الذي يسهل نقل النظرية التفسيرية للدعوى المباشرة إلى «النظرية القانونية» (انظر الرقم 722 السابق وما يليه).

(3) هذه الأوصاف مقبولة من Ph. JESTAZ، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 3 ورقم 4.

(4) توازن اختل بين المؤمن والمسؤول تنج الدعوى المباشرة ضد المؤمن إقامته بصورة أفضل! توازن اختل بين مكتسب الملكية الثاني والبائع تنج الدعوى المباشرة وحدها ضد البائع السابق تصحيحه. راجع المختل العام، رقم 192، صفحة 152.

(5) Dalloz، 1951، Le rôle de la dialectique en droit privé positif، صفحة 151 وما يليها من العرض.

تكون استثناء لمبدأ نسبية الاتفاقيات، تأتي لتأكيد مداه بتصحيح إفراطه.

إن هدف الدعوى المباشرة في النهاية، أن تصحح، في بعض الأوضاع، صلاية المبادئ العامة التي تعبر عنها المادتان 1165 و 2092 من القانون المدني. وهي لا تشكل فيها استثناء ينبغي تفسيره بشكل حصري وإنما تكملة ضرورية يمكن أن تكون مقبولة عندما نجد أنفسنا في إحدى حالتين صورتين سبق أن وصفناهما: ازدياد قيمة ذمة مكتسب الملكية الثاني المالية، من جهة أولى، والتخصيص التعويضي للدين من جهة ثانية⁽¹⁾.

هكذا على الأقل فهم باعثو الدعوى المباشرة⁽²⁾. فالتخلي عن التفكير في علة وجود الإوالية مع مجيء «النظرية القانونية»⁽³⁾ أناع استعمال التقنية التي أعملها وحدها بدون الاهتمام بأساسها⁽⁴⁾ إلى درجة الخط بين الدعوى المباشرة والتأمين⁽⁵⁾ في حين أنها تشكل المبدأ الخاص بقانون العقود.

من المسموح به بالتالي الاستخلاص أن ثمة، إلى جانب الإوالات التصحيحية للنظام القانوني ذي المدى العام، كالتعسف في استعمال الحق أو الخداع أو الظاهر⁽⁶⁾، إوالات تصحيحية خاصة تصحح، بصورة مماثلة، صلاية التقنية القانونية كي لا تنقلب «ضد الأهداف التي تطمح إلى استخدامها»⁽⁷⁾. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الدعوى المباشرة التي، بدون إعادة النظر في مبدأ نسبية الاتفاقيات، تخضعه في بعض الفرضيات، المبدأ عدالة المعارضة.

وهذا المبدأ يبدو أنه يعاد النظر فيه بدرجة أقل من العقبة التقنية التي تشكلها المادة 1165 من القانون المدني والتي يمكن تذليلها بسهولة. وهناك، في حالتين الصورتين المعروضتين⁽⁸⁾، بالفعل علاقة تلازم بين الموجب الذي يوحد المدين الفرعي بالمدين الوسيط، من جهة أولى، والموجب الذي يربط المدين الوسيط بحائز الدعوى من جهة ثانية. وهذا الرباط القانوني هو الذي، في صورة مبدأ التايغ في مادة نقل ملكية الشيء، يتيح الأخذ بأن المدين الفرعي وحائز الدعوى ليسا أجنبين أحدهما عن الآخر.

771 - بعد تقديم الدعاوى المباشرة كإوالات تصحيحية لمبدأ نسبية الاتفاقيات من

(1) انظر الرقمين 768 و 769 السابقين.

(2) انظر الرقم 765 و 766 السابقين.

(3) انظر الرقم 725 السابق وما يليه.

(4) ذلك، على سبيل المثال، حال إجراء الإيفاء المباشر للتقيد. انظر الرقم 774 اللاحق.

(5) M. CARRILLAC et Ch. MOULY، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 568 وما يليه، صفحة 439 وما يليها. - la publicité foncière - Les sûretés، Ph. SIMLER de Ph. DELERECQUE، موسومة DuBois، 1988، رقم 11، صفحة 14.

(6) انظر المدخل العام، رقم 692، صفحة 673.

(7) المرجع عينه.

(8) انظر الرقمين، 768 و 769 السابقين.

الممكن مقارنة بعضها بمبدأ «مجموعة العقود»⁽¹⁾. وهذه المجموعة، ولو كانت موضع انتقاد على الصعيد القانوني⁽²⁾، تبدو أنها تعبر عن مفهوم أقوم لمبدأ العقد الذي يحث على فكرة التبادل وليس على إرادة الفرقاء أكثر مما يعبر عن «واقعية» اقتصادية مفترضة هي خاصية الحقبة الحالية⁽³⁾. ويبدو أن هذا المفهوم هو الذي أخذه مؤلفو القرن التاسع عشر في الحسبان عندما استعادوا بشكل غامض فكرة نقل قيمة من ذمة مالية إلى أخرى لكي يستنتجوا وجود دعاوى مباشرة بين أشخاص لم يكونوا متعاقدين. ألا يشكل التبادل بالفعل نقلاً أحادي الجانب للقيمة؟

هذا المفهوم الاقتصادي لنقل القيمة، والعقد ذاته المميزة⁽⁴⁾، ربما ليس التعبير القانوني الأكثر مناسبة له في مبدأ مجموعة العقود المتملص ورغماً عن رفضه من قبل الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها⁽⁵⁾، فإن الاجتهاد يأخذه في الحسبان ولو بصورة غير مباشرة. ويبدو ذلك منطقياً عندما أخذت محكمة النقض بأن «فسخ عقد البيع يؤدي بالضرورة إلى فسخ عقد البيع في صورة إيجاره»⁽⁶⁾، وأن إبطال عقد بناء منزل فردي يجب أن يؤدي إلى التلاشي الرجعي للموجبات العقدية الناتجة عن عقود القرض⁽⁷⁾، أو كذلك أن الفسخ القضائي لعقد البيع يجر إلى إلغاء عقد القرض بقوة القانون في مادة الاضمان العقاري⁽⁸⁾.

وإذا كان مبدأ نقل القيمة يشكل نقطة الالتقاء بين «المجموعات العقدية» والدعاوى المباشرة، فإن هذه الدعاوى المباشرة، بالمقابل ينبغي أن تستبعد من «السلاسل العقدية»، على الأقل إذا لم تكن تحوي نقلاً كهذا.

وهكذا لم تقبل الدعاوى المباشرة للمسؤولية «العقدية بالضرورة» في المبيعات المتعاقبة إلا إعطاء مكتب الملكية الثاني تعويضاً كان محروماً منه⁽⁹⁾. وهي لا تعبر هنا عن تنقية

(1) انظر لي حلا الانتقاء: l'action directe en انتقاء، Ch. JAMIN, Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur: l'action directe en الانتقاء، droit français, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge، FONTAINE et J. GHESTIN، منشورات L.G.D.J، 1992، صفحة 263 وما يليها، ولا سيما رقم 44، صفحة 292 وصفحة 293.

(2) انظر الرقم 796 السابق وما يليه.

(3) J.-P. BAUD مقدمة، 1987، L.G.D.J، منشورات J.-M. PUGHON، Histoire doctrinale de l'échange، Une constante doctrinale: l'approche économique du contrat، القوائين (12)، العقد، منشورات PUF، 1990، صفحة 47 وما يليها.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 231، وما يليه.

(5) انظر الرقم 733 السابق.

(6) حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 23 تشرين الثاني 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة II، 21642، تعليق D. LEGRAIS، Dalloz 1991، صفحة 121، تعليق Ch. LARROUMET.

(7) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 آذار 1992، النشرة المدنية، III، رقم 79، صفحة 47.

(8) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول كانون الأول 1993، النشرة المدنية، I، رقم 355، صفحة 248 - 249، Defrénois 1994، ملاحظة D. MAZEAUD، صفحة 823.

(9) انظر الرقم 721 السابق.

للتحليل العقدي. وكان يقتضي، لأن لها على العكس وظيفة يمكن وصفها «بالظرفية»، إلغاؤها عندما يتم قبول نظام أكثر نفعاً، أي دعوى المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾، على غرار تطور الاشتراط لصالح الغير لمصلحة ذري قريى المسافرين المنقول⁽²⁾. وصاحب العمل المستقل، بالمقابل الذي قدم قيمة في ذمة المقاول من الباطن المالية، بإتاحة مكافأته لأنه أثرى ذمته المالية الخاصة⁽³⁾، يجب أن يتمكن من حيازة دعوى كهذه.

(2) نمط إيفاء مختصر

772 - التطبيقات المتبقية للدعوى المباشرة.

لا تستند الحالات الأولى واللذان فهمهما مؤلفو القرن التاسع عشر لتسوية قبول الدعوى المباشرة والمستتجنان من مبدأ عدالة المعاضة مجموعة مظاهرها. بعضها يكافئ شكلاً معيناً من الغيرية في حين أن الانتظام العام للإدارة يفرض غيرها. بيد أن الأمر لا يتعلق إلا بتطبيقات متبقية أو خاصة لا تفسر إلا ببقية تاريخية، أو بملاءمة تقنية للإلالية، بدون استنتاجها من أساسها المنطقي. وهي، إذ تنتمي إلى أنماط إيفاء مختصر، تتماثل بتأينيات حقيقية أكثر مما تتماثل بإلاليات تصحيحية.

773 - الغيرية.

إذا كانت الغيرية تميز «مجموعة اتجاهات خيرة»⁽⁴⁾، فإن الدعوى المباشرة المعطاة للوكيل المختص بالدعوى الذي، إذ قدم أموالاً للمحتاج لكي يستفيد من حقوقه أمام العدالة، يجب أن يتمكن من تحصيلها من الفريق المتخلف عن الحضور، تكافئ «الخيرة»⁽⁵⁾. ويمكن أن يكون الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الدعوى المباشرة التي تمنحها العادة

(1) انظر حكم غرفة المرافعة، 8 آذار 1937، Dalloz، الدوري 1938، 1، صفحة 76، تعليق R. SAYATIER - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1962، مصنف الاجتهادات الدوري، 1962، الطبعة II، G، 12910، تعليق P. BSMELIN، Dalloz 1963، 1، صفحة 1، تعليق G. LIET - VEAUX، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1963، صفحة 332، ملاحظة A. TUNC - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 حزيران 1998، الشرة المدنية، رقم 177، صفحة 150.

(2) انظر الرقم 654 السابق.

(3) انظر حول نقل القيمة A. BÉNABENT، تعليق على حكم الغرفة المختلطة، 18 حزيران 1982، Dalloz، الدوري 1983، صفحة 221: «الحظوة التي أعطاها القانون المقاول من الباطن تركّز على فكرة إعطائه قيمة في ذمة صاحب العمل المستقل المالية».

(4) LITTESV، V، الغيرية.

(5) انظر الرقم 719 السابق. نجد في دعوى الوكيل المختص بالدعوى حصة الصداقة السوروة من التمثيل الروماني والتي جمعت Beaumanoir يقول: «ليس الوكلاء المختصون بالدعوى ملزمين بالتوكل عن أشغال سبدهم على نفقتهم» (Coutumes de Beauvaisis)، رقم 168، استشهد به J-L. GAZZANIGA، Mandat et représentation dans l'ancien droit (7) la représentation، صفحة 27، التعليق (19).

5 من قانون 21 كانون الأول 1941 المستشفيات ضد مجموعة مديني المرضى المعالجين فيها عندما يكون موضوع المستشفى في الأصل لعناية المجانية بالمحتاجين⁽¹⁾.

والإنصاف الذي يقضي بأن يحصل الدائن مبلغ تسليفه لم يكن ليسمح إلا بمنح امتياز على أن التقليد القديم الذي ترتبط به دعوى استبعاد المصاريف على الأقل، ربما يفسر غياب قوة المجاس النيابية⁽²⁾ المهمة بأن تميز فوق الحد (لم تكن المساعدة القضائية موجودة) الوركلاء العطفين بصورة خاصة لكي يتمكنوا من مقاضاة الفرقاء المتخلفين عن الحضور بأقصى الرعة.

ولا تسوّغ الغيرية التي تكافئها دعوى استبعاد المصاريف على الأكثر سوى منح امتياز مبني على وضع قمة في ذمة المدين المالية، وهكذا ليست الدعوى المباشرة التي تنظمها اليوم المادة 699 من مدونة الإجراء المدين الجديدة لصالح المحامين والوكلاء سوى بقية تقليد قديم⁽³⁾ لا يكفي المقد لمعارضتها.

774 - الانتظام العام للإدارة.

إخطار الغير الحائز، رغمًا عن أن منشأ مبادرة مستقلة، يشكل استثناء عندما يكون الدعوى المباشرة الوحيدة المقبولة في القرن التاسع عشر التي تركز بشكل أساسي على اعتبارات من الانتظام العام للإدارة وليس على التحقق من الطابع غير المنتصف للعمل بمبدأ المساواة بين الدائنين⁽⁴⁾.

وتفسير شروط ممارسة الدعوى المباشرة المقبولة من تقييدها أكثر مما هي مقبولة عن روحيتها يجب بالتالي أن يكون حصرياً لمقارنتها بنمط الإيفاء المختصر⁽⁵⁾.

وكان قبولها في القرن التاسع يركز بالتأكيد على واقع أن إعطاءها للخزينة على هذا النحو كنتيجة الامتياز المطلق المعترف به للخزينة، لا يلحق الغبن بأي مصلحة⁽⁶⁾. وليست الحال اليوم كذلك بسبب عدد الامتيازات التي تتغلب على الخزينة. يجب بالتالي قبول أن إوالية كهذه يجب أن لا تكون معطاة من تمهيدات التحصيل الجبري.

(1) على أنه يبدو أن الدعوى التي تمارس ضد المدينين بالنفقة يمكن أن تفسر بمبدأ الإثراء بلا سبب؛ انظر JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 56 وما يليه.

(2) نجد في هذا الاتجاه أحكاماً للغرف الكبرى للمجالس النيابية في Rennes وباريس تعود إلى عامي 1724 و1738. انظر JAMIN سابقاً، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 44، صفحة 30 والإشادات المستشهد بها.

(3) Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 44، صفحة 30 والإشادات المستشهد بها.

(4) انظر الرقم 718 السابق.

(5) انظر F. ROBINO، Des privilèges et autres causes de préférence sur les créances في برودر، 1949، صفحة 190 وصفحة 191، الذي يرفض، بسبب الطابع السريع لإخطار الغير الحائز، المماثلة بالدعوى المباشرة. قارن بـ: M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 188، صفحة 119 وما يليها.

(6) انظر DURIEU، Poursuites en matière de contributions directes، الجزء I، 1838، صفحة 299.

وقد أتاح التخلي التدريجي في القرن التاسع عشر من دراسة أساس الدعوى المباشرة مع ظهور «النظرية القانونية»⁽¹⁾، بالطريقة عينها، للمشرع الذي عززه الفقه أن يستعمل تقنيته الموحيدة بتقليص الدعوى المباشرة بحيث لا تصبح سوى نمط إيفاء مختصر. وبهذه، مثلاً، حال إجراء الإيفاء المباشر المنشأ لصالح دائي الثقة بقانون 2 كانون الثاني 1973 من أجل تحسين دفع الثقة⁽²⁾.

(1) انظر الرقم 726 السابق وما يليه.

(2) انظر D.H. 1973، M.-J. OEBLER, *Le paiement direct des pensions alimentaires*، صفحة 107 من المعرض وما يليها - J. MASSIP et F. BARRAJON, *La loi du 2 Janvier 1973 relative au paiement direct des pensions alimentaires*, Defrénois 1973، البند 30323، صفحة 545 وما يليها.

القسم 2

مظاهر الدعوى المباشرة في القانون الوضعي

775 - مختلف تصنيفات الدعوى المباشرة.

كانت الدعوى المباشرة، ولا سيما للإبقاء، موضوع تصنيفات مختلفة. وهكذا جرى التفريق بين الدعوى المباشرة التامة التي تقوم بتجميد الدين منذ منشئه والدعوى المباشرة غير التامة التي لا تجزمه إلا في آونة ممارستها من قبل حائزها⁽¹⁾. كما جرى التفريق داخل هذه الدعوى الأخيرة بين الدعوى المباشرة العامة التي تتيح لحائزها مقاضاة جميع مدنيي مدينتهم والدعوى المباشرة الخاصة التي لا تسمح له بالمقاضاة إلا ضد مدنيي فرع معين⁽²⁾.

بيد أن هذا التصنيف المزدوج الذي يرتبط، بدون أن يكون غير صحيح، في أول الأمر بنظام الدعوى المباشرة، قام به المتمسكون بنظرية الإوالية «الشرعية». ولم تعد، وهي الوصفية بالموازاة، ملائمة منذ ذلك الوقت حيث أصبح الأمر متعلقاً بالأخذ في صدها بمفهوم مجدّد يتوافق مع وظيفتها كأوالية تصحيحية للمادة 1165 من القانون المدني⁽³⁾.

يجب بالأحرى الإصرار على التفريق الذي من المناسب إجراؤه بين الدعوى المباشرة من القانون العام والدعوى المباشرة على سبيل الاستثناء. فالأولى ينبغي قبولها كلما دعت الحاجة إلى تصحيح قسوة المادة 1165 من القانون المدني ذلك بأن الموجبات التي تربط حائز الدعوى بالمدين الوسيط، وهذا المدين الوسيط والمدين الفرعي، من جهة أخرى، تجمعهم علاقة تلازم. وهي، بهذا المعنى، تستدعي تليين المفهوم التقليدي للعقد الذي يسهّل قبولها ما أن توجد حالة كهذه.

(1) انظر A. PLANQUEBEL, Contribution à l'étude des actions directes, 1935, صفحة 96 وما يليها. وكذلك M. COZIAN, الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 119 وما يليه.

(2) M. COZIAN, الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 122 وما يليه.

(3) انظر الرقم 763 السابق وما يليه.

والثانية، بالمقابل، لا تستوجب التلبيين عينه⁽¹⁾. إنها، وهي المقبولة في الأصل لأسباب تتعلق بالإنصاف، لا تسوّغ سوى وجود امتياز، ولو كان من الصف الأول (مثال ذلك: دعوى استبعاد النفقات التي يدفعها المحامي أو الوكيل عن الفريق الرابع). فالتقليد وحده يبرّرها ولا يمكن أن ينادي بتعميمها. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الدعاوى المباشرة الأحداث التي لا تدّين بقبولها إلا لمفهوم الإلزامية الشرعية حصراً (على سبيل المثال: إجراء الإيفاء المباشر المنشأ لصالح دائني النفقة). وكلاهما وهما مقتبتان عن تقية الدعاوى المباشرة أكثر من روجيتها ليتعدل امتدادهما. ويجب أن تشكل كلاهما أنماط إيفاء مختصر، أن لا تكونا، على العكس، مقبولتين إلا بصفة استثنائية.

الفقرة 1 - الدعاوى المباشرة من القانون العام

776 - ينبغي، من بين الدعاوى المباشرة من القانون العام، تفرّق الدعاوى المباشرة للإيفاء عن الدعاوى المباشرة للمسؤولية عندما لا يكون موضوع هذه الأخيرة إيفاء مبلغ من العملة.

1 - الدعاوى المباشرة للإيفاء

777 - تنشأ بعض الدعاوى المباشرة للدفع عن تفسير فقهي واجتهادي للأحكام القانونية، في حين أن غيرها، ولا سيما لأنها ظهرت لاحقاً، من خلق قانوني رسمياً.

1 - تفسير القانون

778 - يتعلق الأمر بالدعاوى المباشرة المتحدرة من المواد 1753 و1798 و1994 من القانون المدني كما من بعض الأحكام القانونية في مادة تأمين المسؤولية.

779 - دعوى المؤجر المباشرة ضد المستأجر من الباطن.

دعوى المؤجر المباشرة، المقبولة على أساس المادة 1753 من القانون المدني، تتيح له مطالبة المستأجر من الباطن بتسديد الإيجار من الباطن في الحدود التي تتوجب على المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي في أونة ممارسة الدعوى. والمدفوعات السابقة التي قام بها المستأجر من الباطن لشريكه في التعاقد، مع مراعاة تطبيق الفقرة الثانية من النص، لا يحتج بها تجاه المؤجر. وقد مدت محكمة النقض، إذ عرّضت الدعوى المباشرة غير التامة والخاصة، مجال المادة 1753 إلى إيجارات الأرض الزراعية⁽²⁾.

(1) انظر الرقم 772 السابق وما يليه.

(2) حكم غرفة المرافعة، 8 تشرين الثاني، 1882، Dalloz 83، 1، صفحة 305، 584، 1، صفحة 333.

غير أن الدعوى المباشرة المنصوص عليها في المادة 1753 مبنية على نقل متبادل للقيمة⁽¹⁾ عندما يوسع وجود المستأجر من الباطن مطرح دين المؤجر، إذا كان هذا المؤجر قد سمح للمستأجر من الباطن بأشغال الأماكن المؤجرة. وإذا كان بعض المؤلفين قد أخذ بأن المستأجر من الباطن بإمكانه مفاضة المؤجر لتنفيذ جميع الموجبات الإيجارية⁽²⁾، فإن محكمة النقض لم تأخذ بذلك⁽³⁾. ويبدو لنا مع ذلك أن الدعوى المباشرة للمسؤولية العقدية هي متوغة على الأقل⁽⁴⁾.

إلا أن الوضع مختلف في شأن الإيجار التجاري. وهكذا يتيح موافقة المؤجر الصريحة أو الضمنية، وليس الإذن العام بالتأجير من الباطن⁽⁵⁾، للمستأجر من الباطن أن يطلب إلى العالك مباشرة، ضمن الشروط المحددة في المادة 22 من مرسوم 30 أيلول 1963، تجديد عقده⁽⁶⁾.

780 - دعوى العامل المباشرة ضد صاحب العمل المستقل.

دعوى «البائنين والتجارين والعمال الآخرين» المباشرة المتحددة من المادة 1798 من القانون المدني تتيح لهم مطالبة صاحب العمل المستقل بتسديد الأشغال التي قاموا بها، ضمن الحدود التي ما يزال صاحب العمل المستقل مديناً بها للمقاول الأصلي في أوتة إقامة دعواهم.

ومع أن محكمة النقض قبلت هنا وجود دعوى مباشرة غير تامة وخاصة على أساس الشخص الذي لم يتطرق إلى ذلك⁽⁷⁾، رفضت امتداد الإفادة منها إلى مورد المواد والسلع⁽⁸⁾ وكذلك إلى المقاول من الباطن⁽⁹⁾.

إن تعليل الاجتهاد برفض امتداد الإفادة من المادة 1798 إلى المقاولين من الباطن

(1) انظر الرتمين، 766 و 768 السابقين.

(2) انظر Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عنه، الجزء IV، الطبعة الرابعة، الفقرة 368، صفحة 493. - J.

LE GALL، L'obligation de garantie dans le louage de choses، منشورات L.G.D.J، 1962، مقدمة A.TUNC، صفحة 414.

(3) حكم غرفة المرائض، 8 تشرين الثاني 1882، المذكورة سابقاً.

(4) قارن بحكم غرفة المرائض، 31 تموز 1878، Sirey 81، 1، صفحة 77 (مسؤولية المؤجر التفسيرية تجاه المستأجر من الباطن عندما يكون فعله الشخصي منشأ الضرر).

(5) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 كانون الثاني 1982، النشرة المدنية، III، رقم 23، صفحة 13.

(6) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 118 وما يليه.

(7) انظر الرقم 718 السابق.

(8) حكم غرفة المرائض، 28 كانون الثاني 1880، D.P.80، 1، صفحة 254؛ S.80، 1، صفحة 416.

(9) النقض المدني، 12 شباط 1886، D.P.66، 1، صفحة 157؛ 94 - 11 تشرين الثاني 1887،

D.P.67، 1، صفحة 444 - حكم غرفة المرائض، 14 تموز 1888، D.P.71، 5، صفحة 251. وكذلك حكم

المحكمة البدائية في ناني، 28 أيار 1974، Dalloz 1974، صفحة 138 من الموجز.

يستحق إيراد. فقد أخذت محكمة النقض في عام 1866 بأن «النص الاستثنائي للمادة 1798 لا يمكن أن يفيد الذين، بقصد المضاربة ومن أجل إجراء عملية تجارية، يصبحون مقارلين»⁽¹⁾. إن هذا التفسير للنص يراعي بالتأكيد حرفيته. غير أنه لا يمكن إلاً بيان أنه إذا كان سبب التوقيع المستخرج من المضاربة، من جهة أولى، (بالنسبة إلى السلع واليد العاملة) يمكن أن يوّج في القرن التاسع عشر في ما يتعلق بنشيد البائني الفنية فهو لم يعد متوافقاً مع حالة الاقتصاد المعاصر، والبرهان المستخرج من الطبيعة القانونية للمادة 1798⁽²⁾ ليس له، من جهة ثانية، أي مدى عندما لا تستهدف هذه المادة إنشاء امتياز بصورة خاصة. ولذلك يمكن إبداء الأسف لأن الاجتهاد لم يثبت جرأة أكثر. فهذه الجرأة، المنسقة احتمالياً مع القول القانوني لتجميد الدين منذ منشئه، ربما كانت قد تجتبت إنشاء قانون 31 كانون الأول 1975 دعوى مباشرة يولد العمل بها صعوبات عديدة⁽³⁾.

781 - الدعوى المباشرة للموكل والوكيل المستبدل.

تحية لدعوى الموكل المباشرة في القانون الروماني، إذ حملت على الاعتقاد أنها تشكل مفعول التمثيل⁽⁴⁾، فالمادة 1994، الفقرة 2، من القانون المدني تنص على أن «الموكل بإمكانه، في الحالات جميعاً، أن يقاضي مباشرة الشخص الذي استبدله الوكيل».

والدعوى المباشرة التي كرس تفلأ متبادلاً للقيمة جعلها الاجتهاد ثنائية الجانب منطقياً إذ لم يشأ الاكتفاء بقراءة حرفية للنص⁽⁵⁾.

يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض، مع أن النص لا يستهدف على الإطلاق تجميد، دين الوكيل المستبدل في ذمة الموكل العالية منذ نشأة الدين، قبلت، غير مرة، «أن الموكل لا

(1) النقض المدني، 12 شباط 1866، المذكور سابقاً.

(2) النقض المدني 11 تشرين الثاني 1867 المذكور سابقاً، الذي أخذ بأن المادة 1798 «أنشأت امتيازاً لصالح هذا العامل».

(3) انظر الرقم 787 اللاحق.

(4) انظر الرقمين 718 و 741 السابقين. إذا كان مفهوم التمثيل لا يفسر الإروالية التي أنشأتها المادة 1994، الفقرة 2، فلا يمكن قبول أن يكون الموكل والوكيل المستبدل مرتبطين برباط عقدي، رغم أن تأكيد حكم قديم (حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1956، النشرة المدنية، III، رقم 47، صفحة 38). وينبغي بالأحرى الأخذ بأن الدعوى المباشرة، على قرار الدعاوى المباشرة الأخرى المتحددة من القانون المدني، المنصوص عليها في المادة 1994 كانت مقبولة بحجة الإنصاف، انظر Ch. DEMOLOMBE، المرجع فيه، رقم 134، صفحة 141.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الأول 1960، النشرة المدنية، I، رقم 573، صفحة 466 + Dalloz 1961، 491، تعليق BIGOT، J. المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 700، ملاحظة G. CORNU. حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 301، صفحة 262 - 8 تموز 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 153، صفحة 130 - 9 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 233، صفحة 174 - 9 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 102، صفحة 71 - 5 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 320، صفحة 231.

يسوّغ له أن يحتج في وجه الوكيل المدفوعات التي قام بها للوكيل، حتى ولو كانت هذه المدفوعات سابقة كممارسة الوكيل الحقوق الخاصة التي يملكها استناداً إلى الفقرة الثانية⁽¹⁾. ينبغي إذاً ماثلة الدعوى المباشرة الواردة في المادة 1994 بدعوى مباشرة تامة.

وهذه الدعوى، أخيراً، الأكثر فعالية بحيث أن محكمة النقض لا تخضع قبوليتها لضرورة تخلف الوكيل عن الحضور⁽²⁾ ولا لواقع أن استبدال الوكيل كان قد أذن به الموكل⁽³⁾.

782 - الدعوى المباشرة للضحية ضد مؤن المسؤولية.

تبنى محكمة النقض اليوم، بعد أن استنتجت الدعوى المباشرة للضحية ضد مؤن المسؤول من نصوص غامضة⁽⁴⁾ تتيح، بصورة خاصة جعل نتيجةها تجميد دينه في التعويض بين يدي المؤمن، هذه الدعوى على أساس الحق في التعويض الذي تمنحه للضحية، بشكل وحيد وصريح.

وواقع أن «الدعوى المباشرة للضحية (...) أساسها في حق هذه الضحية في التعويض عن ضررها»⁽⁵⁾ يؤثر بالضرورة في نظامها. ومن المناسب، بدون أن يكون من الواجب اللجوء إلى دراسة شاملة⁽⁶⁾، بيان أن هذا النظام موسوم بإرادة محكمة النقض بتفضيل هذا الحق في التعويض أكثر مما هو موسوم بالاستقلالية المتنامية والمنهجية للدعوى المباشرة بالنسبة إلى عقد التأمين⁽⁷⁾.

(1) انظر أحكام الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1983، و 19 آذار 1991 و 9 تشرين الثاني 1987، المذكور سابقاً.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى محكمة النقض، 27 كانون الأول 1960، المذكور سابقاً.

(3) حكما الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 آذار 1991 و 9 تشرين الثاني 1987، المذكوران سابقاً.

(4) انظر الرقم 718 السابق.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 شباط 1993، النشرة المدنية، I، رقم 74، صفحة 48 - انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الأولى، 26 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، I، رقم 283، صفحة 186 - 11 آذار 1986، المجلة العامة للتأمين البري، 1986، صفحة 354 و 1987، Dalloz، صفحة 183 من التقرير، تعليق H. GROUDEL - النقض المدني، 28 آذار 1939، المجلة العامة للتأمين البري، 1939، صفحة 285 و 1939، Dalloz، 1، صفحة 68، تعليق M. PICARO.

(6) انظر: المسؤولية: مفاعيلها، رقم 413 وما يليه. وكذلك Y. LAMBERT - FAIVRE، Droit des assurances، موسوعة Dalloz، الطبعة الثامنة، 1992، رقم 684، وما يليه. M.-L. et J. MAZEAUD، Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle، III، مجلدين، الطبعة السادسة، تأليف F. CHABAS، منشورات Montchrestien، رقم 2696 وما يليه - M. PICARD et A. BESSON، Les assurances terrestres، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، تأليف A. BESSON، منشورات L.G.D.J.، 1982، رقم 379 وما يليه.

(7) M. PICARD، L'autonomie de l'action directe، المجلة العامة للتأمين البري، 1933، صفحة 725 وما يليها.

ويشرف الموضوع المتروك لعقد التأمين ولشخص المؤمن على تأثيرهما في هذا الحق في التعويض.

وإذا لم يكن وجود المدين الوسيط وهو المؤمن، في المقام الأول، بدون تأثير في نظام الدعوى، فذلك لأن البرهنة على المسؤولية أحد شروطها⁽¹⁾، وهذا الشرط محدود عندما يبدو في غير صالح الضحية. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى اختصاص المؤمن. وإذا كان هذا الاختصاص قد فرضته مبدئياً، محكمة النقض⁽²⁾ لكي تسوّى في الوقت عينه المسائل المتعلقة بالمسؤولية والتأمين، فإنه «يفسر بمرونة من أجل تجنب أن يصبح عائقاً أمام ممارسة الدعوى المباشرة»⁽³⁾. كما أن الاجتهاد، عندما يكون المؤمن موضوع إجراء جماعي، يأخذ بأن الضحية، إذا كان عليها أن تختصم في القضية لكي يجري الحكم حول مسؤوليته، ليس عليها أن تخضع لإجراء تحقيق الديون، إلّا في حالة ادّعاؤها بدين بمبلغ العملة ضده⁽⁴⁾. والضحية،

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 تموز 1983، النشرة المدنية، I، رقم 244، صفحة 168.

(2) النقض المدني، 13 كانون الأول 1938، Dalloz 1939، صفحة 33، تعليق M. PICARD، المجلة العامة

للتأمين البري، 1939، صفحة 83 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 شباط 1976،

Dalloz 1976، صفحة 587، ملاحظة H. GROUTEL و Cl. J. BERR، المجلة العامة للتأمين البري،

1976، صفحة 490، تعليق A.B. - 11 تموز 1977، النشرة المدنية، I، رقم 319، صفحة 253، المجلة

الفصلية للناظرين المدني، 1978، صفحة 389، رقم 10، ملاحظة G. DURRY، Dalloz 1978، صفحة

233 من التقرير، ملاحظة H. GROUTEL و Cl. J. BERR، 6 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، I، رقم

378، صفحة 295 أول تموز 1980، النشرة المدنية، I، رقم 203، صفحة 168 الأسبوعي

1981، صفحة 467 من التقرير، ملاحظة H. GROUTEL و Cl. J. BERR، 13 تشرين الثاني 1981، النشرة

المدنية، I، رقم 308، صفحة 202 - 18 شباط 1984، النشرة المدنية، I، رقم 172، صفحة 55. وكذلك

حكم الغرفة التجارية، 30 كانون الثاني 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 24، صفحة 15 (موجب اختصاص

المؤمن لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من إدانة المؤمن بدفع مقابل الوفاء).

(3) المسؤولية: المطاعيل، رقم 417، صفحة 542 والإشادات المستشهد بها. انظر في صدد نقد الاجتهاد الذي

يلزم، كشرط لتبليغ الدعوى المباشرة، اختصاص المؤمن، H. GROUTEL، La double nature de l'action،

directe l'autre l'assureur de responsabilité، المسؤولية المدنية والتأمين، 1981، رقم 8.

(4) الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 15 حزيران 1979 (حكماء)، Dalloz الأسبوعي 1979، صفحة 561،

تعليق F. DERRIDA و ملاحظة A. HGNORAT، المجلة العامة للتأمين البري، 1979، صفحة 364،

طلبات Toubas، تعليق A.B. مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، الطبعة II، G 19197، تعليق A.

Y. LAMBERT - FAIVRE، Fonderment et portée de la mise en cause وكذلك J. BIGOT و BESSON

Dalloz، assuré en faillite dans l'action directe exercée par la victime contre l'assureur du responsable

الأسبوعي 1979، صفحة 243 وما يليها من العرض. انظر في ما الاتجاه حكم الغرفة المدنية الأولى في

محكمة النقض، 29 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، I، رقم 262، صفحة 208 حكم الغرفة التجارية

في محكمة النقض، 15 حزيران 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 269، صفحة 213 22 أيلول 1981،

النشرة المدنية، IV، رقم 328، صفحة 281 حكم الغرفة التجارية، 21 تموز 1987، النشرة المدنية، IV،

رقم 202، صفحة 148 18 تموز 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 226، صفحة 151 - حكم الغرفة

المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 آذار 1991، النشرة المدنية، I، رقم 105، صفحة 68 - تقرير محكمة

النقض، 1991، رقم 8، الصفحات 362 إلى 364 - 2 شباط 1994، النشرة المدنية، I، رقم 49، صفحة

إذ تطالب المؤمن وحده بمبلغ التعويض الذي لا يمر عبر ذمة المؤمن المالية، تمارس حقاً خاصاً يمكن هكذا أن يتكرر لوضع المؤمن والطابع الخاص للحق الذي تمارسه الضحية يفتر، بالطريقة عينها، إنها ليست في منافسة مع الدائنين الآخرين للمؤمن. ويسنحها تجميد الدين بين يدي المؤمن، فضلاً عن ذلك، حصرية على التعويض، إذ يمكن أن يدان المؤمن بدفعه لها حتى ولو كان المؤمن قد جُرد من قيمة التعويض لصالح الغير⁽¹⁾. وتتجلى استقلالية الدعوى المباشرة أيضاً في واقع أن الضحية بإمكانها، من جهة أولى، مقاضاة المؤمن في حين أن المؤمن لا يطلب الإفادة من ضمانها⁽²⁾، وبإمكانه من جهة أخرى العدول عن دعواه ضد المؤمن مع الاحتفاظ بالاستفادة من حقّه الخاص تجاه المؤمن⁽³⁾. وقد حكمت الغرفة التجارية أخيراً بأن تحديد المسؤولية التي يمكن أن يتمسك بها المؤمن ضد الضحية ويتعذر على المؤمن التمسك بها⁽⁴⁾.

غير أنه من الممكن، في الاتجاه المعاكس، أن يشكل وجود المؤمن فائدة للضحية لا يمكن في هذه الحالة إنكارها. وهكذا لا تمنع الدعوى المباشرة الضحية التي تحوزها من أن تقاضي المؤمن: المؤمن والمؤمن ملزمان تجاهها بالتضامن⁽⁵⁾.

إن التوجه الاجتهادي مماثل في ما يتعلق، هذه المرة، بعقد التأمين، ولا شك في أن أحكام هذا العقد تحدد النفع الذي يشكل بالنسبة إلى الضحية ممارسة الدعوى المباشرة، عندما تكون محتجاً بها تجاهها⁽⁶⁾. والاجتهاد يفسر هذه الأحكام مع ذلك بصورة حصرية لأنها تناقض حق الضحية في التعويض.

وهكذا احتفظ الاجتهاد بحالة الدفوع السابقة لتجميد الدين، أي حدوث الفعل الواجب التعويض عنه الذي يرفض قبول حججته بالنسبة إلى الضحية. وهذا الحل لا يطبق فقط على

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقص، 19 شباط 1985، المجلة العامة للتأمين البري، 1985، صفحة 407، ملاحظة G. VINBY.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقص، 8 نيسان 1986، النشرة المدنية، I، رقم 78، صفحة 77.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقص، 13 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 10، صفحة 8؛ Dalloz الأسبوعي 1987، صفحة 397، ملاحظة H. GROUDEL.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقص، 7 كانون الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 400، صفحة 334. وكذلك: للمسؤولية: المفاعيل، رقم 428، صفحة 554.

(5) النقص المدني، 24 تشرين الأول 1932، 1932، Dalloz، صفحة 586؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1932، صفحة 1000، تعليق M. PICARD. 13 تموز 1961، المجلة الفصالية للتأمين البري، 1962، صفحة 190، ملاحظة A.B.

(6) Y. LAMBERT - FAJVE، المرجع عينه، رقم 703 وما يليه. عندما تكون الضحية غيراً بالنسبة إلى عقد التأمين تأخذ محكمة النقص بأن البرهنة على غياب الفضان الانفاقي تقع على عاتق المؤمن. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقص، 2 تموز 1991، النشرة المدنية، I، رقم 217، صفحة 143. حكم الغرفة المدنية الثالثة، 10 تموز 1991، النشرة المدنية، III، رقم 209، صفحة 122 - 14 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 272، صفحة 160.

بنود سقوط الحق⁽¹⁾ وإنما أيضاً على تعليق التعويض وتحقيقه وتخفيضه⁽²⁾. وقد جرى اعتداده، فضلاً عن ذلك، إلى البنود التي تُخضع العمل بالضمان من قبل المؤمن لمطالبة الضحية الجارية خلال مدة تعالية العقد⁽³⁾، قبل أن تعتبر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بنوداً كهذه غير خطية⁽⁴⁾. إن عدد الدفوع غير القابلة للاحتجاج بها تزداد بشكل محسوس في ما يتعلق بالتأمينات الإلزامية⁽⁵⁾.

ومنذ وقت أحدث أيضاً عادت محكمة النقض إلى اجتهاد قائم⁽⁶⁾ لتحكم بأن التعويض الذي على المؤمن دفعه للضحية لا يمكن أن تجري مقاصته مع مبلغ علاوات التأمين المستحقة في تاريخ الحادث وإنما لم يكن المؤمن قد سددها⁽⁷⁾. وهذا الحل يعطي الأفضلية للضحية من جديد بتأمين سلطان الدعوى التي تمارسها بالنسبة إلى عقد التأمين. ويمكن فضلاً عن ذلك أن يسوّغ بالتنسيق بين القواعد الخاصة بالمقاصة والدعوى المباشرة التامة. وبالفعل ينتج عن المادة 1289 من القانون المدني أن المقاصة ليس لها دور إلا بين شخصين مديتين

- (1) اجتهاد مستقر منذ النقص المدني، 15 حزيران 1981، Dalloz 1931، صفحة 411، 1932، 1، صفحة 169، تعليق P. ESMEIN، المجلة العامة للتأمين البري، 1931، صفحة 801، تعليق M. PICARD. حلاً للحل وارد اليرم في المادة R.1-124، من قانون التأمينات.
- (2) النقص المدني، 12 آذار 1983، المجلة العامة للتأمين البري، 1983، صفحة 487، تعليق A. BESSON.
- (3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 28، صفحة 28 و23 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 36، صفحة 34، مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة II.G، 20509، ملاحظات G. DURRY (الناقد)، Dalloz 1985، صفحة 216، تعليق Y.J. (الحكم الأول). حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 نيسان 1987، النشرة المدنية III، رقم 80، صفحة 48، Dalloz 1988، صفحة 163 من الموجز، ملاحظات H. GROUDEL (الناقد). انظر في الاتجاه عيه حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 نيسان 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، الطبعة G، IV، صفحة 209.
- (4) 19 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، I، رقم 303، صفحة 212، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة II.G، 21656، ملاحظة J. BIGOT.
- (5) انظر بالنسبة إلى التأمين الإلزامي للمركبات ذات المحرك المادة R.13-211 من قانون التأمينات. وكذلك B. LEGRAND، Les nouvelles obligations de garantie due par l'assureur automobile aux victimes d'accidents de la circulation، المجلة العامة للتأمين البري، 1987، ولا سيما صفحة 29 وما يليها.
- (6) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 كانون الثاني 1992، المجلة العامة للتأمين البري، 1992، صفحة 283، ملاحظة R. MAURICE، 3 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، I، رقم 1، صفحة 1-4 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، I، رقم 302، صفحة 102-30 نيسان 1985، النشرة المدنية، I، رقم 134، صفحة 124، المجلة العامة للتأمين البري، 1985، صفحة 406، ملاحظة G. VINÉY، 3 تشرين الثاني 1981، النشرة المدنية، I، رقم 320، صفحة 271، 28 كانون الثاني 1975، Dalloz 1976، صفحة 313، تعليق Cl. J. BERR و H. GROUDEL، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، الطبعة II.G، 18284، تعليق A. BESSON.
- (7) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 نيسان 1993 (النشرة المدنية، رقم 148، صفحة 99)، و 31 آذار 1993 (النشرة المدنية، I، رقم 132، صفحة 88)، Dalloz 1993، صفحة 519، تعليق Ch. LARROUMET.

أحدهما تجاه الآخر. والحال أن دين التعويض مجمد في ذمة المؤمن المالية لصالح المؤمن وحده منذ حصول الضرر. فالمؤمن هو في هذه الآونة مدين الضحية وليس المؤمن. والمادة 1289 لا يمكن العمل بها إذن.

وقد أعلنت محكمة النقض، إذ أمنت أيضاً سلطان الدعوى المباشرة بالنسبة إلى عقد التأمين أن التقادم (مرور الزمن) لستين بالنسبة إلى عقد التأمين⁽¹⁾ غير محتج به تجاه الضحية؛ ثم إن الضحية، بعد أن عينت محكمة النقض أن مهلة مرور الزمن على الدعوى المباشرة هو مرور الزمن ذاته بالنسبة إلى الدعوى التي تمارسها الضحية ضد المؤمن⁽²⁾، أخذت بأن الضحية بإمكانها أيضاً مقاضاة هذا المؤمن⁽³⁾، إذا كانت دعوى مهلة الستين للمؤمن ضد المؤمن لم يمر عليها الزمن بعد. كما حكمت استناداً إلى المبدأ ذاته بأن اعتراف المؤمن بمسؤوليته الخالي من اللبس يقطع مهلة التقادم بالنسبة إلى الضحية، مع أن المؤمن لم يتم إعلامه بالخلل الذي كان هو في أساسه⁽⁴⁾.

لكن التفسير يختلف عندما يكون تطبيق القواعد المتعلقة بعقد التأمين من الممكن أن يفيد الضحية. وقد أخذت محكمة النقض في أول الأمر، في مادة الاختصاص الإقليمي، بأن الضحية بإمكانها الإفادة من أحكام المادة 114-R.1 من قانون التأمينات (المادة 3 من قانون 13 تموز 1930) ومقاضاة المؤمن في مكان إقامة المؤمن أو أمام المحكمة حيث حصل الفعل الضار⁽⁵⁾، قبل أن تأخذ بأن الضحية بإمكانها أيضاً الإفادة من أحكام المادة 42 وما يليها من مدونة الإجراء المدني الجديدة⁽⁶⁾، لأن قواعد المادة 114-R1 لا تفرض على

(1) النقض المدني، 28 آذار 1939، Dalloz 1939، صفحة 68، تعليق M. PICARD، 16 أيلول 1940، Dalloz 1940، صفحة 158. حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 تشرين الأول 1982، Dalloz 1983، صفحة 207 من التقرير؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1983، صفحة 361. انظر حول التعليل الفقهي للحل Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 109، صفحة 80 وما يليها.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 آذار 1982، Dalloz 1984، صفحة 33 من الموجز، ملاحظة Dalloz 1983، صفحة 183 من الموجز، ملاحظة H. GROUDEL و Cl.-J. BERR، 22 تموز 1986، المجلة العامة للتأمين البري، 1986، صفحة 595، ملاحظة R. BOUT، 28 تشرين الأول 1991 المذكور سابقاً (أخذت محكمة النقض مع ذلك بأن العمل القاطع للتقادم تجاه المؤمن بدون مفعول على سريان تقادم دعوى الضحية ضد المؤمن).

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 آذار 1986، النشرة المدنية، رقم 59، صفحة 157 Dalloz 1987، صفحة 183 من الموجز، ملاحظة H. GROUDEL. حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 تموز 1987، النشرة المدنية III، رقم 149، صفحة 87. حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 شباط 1988، النشرة المدنية I، رقم 41، صفحة 127 المجلة العامة للتأمين البري، 1988، صفحة 358، ملاحظة R. BOUT، Dalloz 1988، صفحة 59 من التقرير. انظر في شأن الانقباس النظري للحل، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 393، صفحة 348.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 شباط 1993، النشرة المدنية، 7، رقم 74، صفحة 49.

(5) النقض المدني، 11 تموز 1932، Dalloz 1932، صفحة 425، Dalloz 1933، صفحة 5، تعليق L. JOSSERAND. انظر حول التعليل العملي لحل كهذا Ch. JAMIN، الأطروحة الألفه الذكر، رقم 110، صفحة 82.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 كانون الأول 1983، المجلة العامة للتأمين البري، =

الضحية التي تمارس دعواها المباشرة.

وهذه الملحة حول نظام الدعوى المباشرة للضحية تنزع إلى بيان أنها تتمتع بخطوة أكيدة لدى محكمة النقض التي تقبل إلى حد ما سلطانها تبعاً للأهمية المتغيرة للنفع الذي تعطيه الدعوى المباشرة للضحية.

783 - في حين أن محكمة قبلت تقليدياً أن الدعوى المباشرة للضحية، المبنية على المادة L.3-124، من قانون التأمينات، لم تكن مقبولة إلا في مادة تأمين المسؤولية⁽¹⁾، مدت الغرفة التجارية منذ وقت أحدث هذه الدعوى إلى التأمين على الأجسام في الشأن البحري⁽²⁾.

كانت إحدى السفن، في القضية المعنية، لم تُلْغِ حبال الربط ففرقت وأحدثت ضرراً في الأسلاك تحت البحر للتنفيذية الكهربائية تعود لكهرباء فرنسا. وقد رأت محكمة الاستئناف، إذ قبلت أن كهرباء فرنسا قاضت مباشرة للإيفاء ضد مؤمن جسم السفينة، إن هذا المؤمن يأخذ على محكمة الاستئناف انتهاكها أحكام المادتين L.3-124 و L.8-173 من قانون التأمينات. وقد أيدت محكمة النقض، بعد أن استعادت نص المادة الأخيرة التي «تنص على أن مؤمن الجسم هو ضامن تسديد الأضرار من أي نوع كانت، باستثناء الأضرار اللاحقة بالأشخاص التي يُلزم بها المؤمن بناء على مراجعة الغير في حالة الاصطدام بالسفينة المؤمنة أو اصطدام هذه السفينة بعصارة أو بجسم ثابت ومتحرك أو عائم»، محكمة الاستئناف في أخذها بقبولية الدعوى التي مارسها كهرباء فرنسا ضد المؤمن.

إن حلاً كهذا يمد في مجال الدعوى المباشرة إلى شكل خاص من تأمين الأشياء، في حين أن المادة L.3-124 تحتفظ بالإفادة من هذه الدعوى لتأمينات المسؤولية وحدها ويمكن أن نرى في ذلك خاصية للتأمين البحري⁽³⁾ الذي يميز مع ذلك بين تأمين الأجسام (المادة 1-173 إلى L.16) وأمين المسؤولية (173 - 23 إلى L.26). ويمكن أن نكشف فيها عن دينامية خاصة (بحق التعويض) تتأتى من الوظيفة التعويضية لهذا النموذج من التأمين⁽⁴⁾. إن

= 1984، صفحة 405، ملاحظة J. BIGOT. وكذلك حكم محكمة استئناف باريس، 5 تشرين الثاني 1983، المجلة العامة للتأمين البري، 1986، صفحة 544، ملاحظة J. BIGOT. استبعاد نص المادة R.1-544 من قانون التأمينات بلا قيد أو شرط.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1977، النشرة المدنية، I، رقم 31، صفحة 22 3 شباط 1982، النشرة المدنية، I، رقم 68، صفحة 50 حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 آذار 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 48، صفحة 42. إضافة إلى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 تموز 1990، النشرة المدنية، I، رقم 183، صفحة 129 (تأمين الأشخاص لا يتيح قبول دعوى مباشرة).

(2) 3 شباط 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 30، صفحة 23.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 حزيران 1989، النشرة المدنية، I، رقم 227، صفحة 152، الذي رفض منح دعوى مباشرة خارج مجال تأمين المسؤولية في الشأن العقاري.

(4) انظر الرقم 789 السابق.

الدعوى المباشرة من القانون العام المبنية صناعياً على نص قانوني يجب أن تكون مقبولة كلما كان للتأمين مفعول ضمان التعويض على الغير ضحية القصر ولو كان غير مباشر.

784 - الدعوى المباشرة للدائنين أصحاب الامتياز والمرتھنين العقاريين على تعويض التأمين.

يحوز الدائنون أصحاب الامتياز والمرتھنون العقاريون⁽¹⁾ دعوى مباشرة على تعويض التأمين المعطى في حالة تلف المال الذي يتناوله حقهم. وهذه الدعوى مستثناة من المادة 37 من قانون 13 تموز 1930 التي أصبحت المادة L.13-121 من قانون التأمينات⁽²⁾.

إن المادة 37، كما المادة 53 من قانون عام 1930، لا تعطي صراحة دعوى مباشرة لصالح الدائنين أصحاب الامتياز والمرتھنين العقاريين. إنها في الحقيقة استعادت بالمماثلة نص المادة 2 من قانون 19 شباط 1889 حول الأساس الذي، رغمًا عن التناقضات التي يثيرها⁽³⁾، استناداً إليه رأت محكمة النقض في عام 1911 علامة دعوى مباشرة للإلغاء⁽⁴⁾ بحجة الإنصاف بشكل أساسي.

وتحدد الفقرة الثانية من المادة L.13-121 أن المبالغ التي يدفعها المؤمن للغير عن حسن نية⁽⁵⁾، قبل الاعتراض (الذي لا يخضع لأي شرط شكلي) هي صحيحة. فالأمر يتعلق إذاً بتقيد هام للطابع الكامل للدعوى⁽⁶⁾. ونظامها، مع هذا التحفظ، مماثل لنظام الدعوى المباشرة المبنية على المادة L.3-124⁽⁷⁾.

وتنص المادة L.13-121، الفقرة 4، التي تضاعف المادة L.3-124، على أن (المؤمن، في حالة تأمين المخاطر الإجبارية أو مراجعة الجيران، لا يستطيع أن يدفع إلى غير مالك الشيء المؤجر، الجار أو الغير الحال في حقوقه، المبلغ المتوجب أو تسماً منه ما دام لم يتم إرضاء الجار أو الغير الحال عن نتائج الحادث، حتى ما يعادل هذا المبلغ). إن الدعوى

(1) انظر في ما يتعلق بالتأمين العقاري البحري، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 205، صفحة 130.

(2) انظر منذ وقت قريب حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 تموز 1993، النشرة المدنية، I، رقم 244، صفحة 168.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 76 وما يليه.

(4) 17 تموز 1911، 1912 Delloy، 1، صفحة 81، تعليق M. PLANIOL؛ 1 S.1915، 1، صفحة 146، تعليق E. NAGUET، السلسلة الفصلية للقانون المدني، 1912، صفحة 517، ملاحظة R. DEMOGUE.

(5) كانت لمحكمة النقض مناسبة تحديد أن إنجاز التدابير القانونية للمعينة من قبل الدائن الملاحق لا تختص بالمؤمن سائر النية؛ انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 2 حزيران 1979، السلسلة العامة للتأمين البري، 1969، صفحة 492 - 494. حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 حزيران 1969، 1970 Delloy، 21، تعليق A. BESSON. - 6 تشرين الأول 1971، السلسلة العامة للتأمين البري، 1972، صفحة 193.

(6) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 213، صفحة 134.

(7) Y. LAMBERT - FAJBRB، المرجع مبنية، رقم 342 وما يليه.

المباشرة تامة هنا «تقييد الفقرة 2 لا يطبق إلا على الفقرتين 1 و3».

ويمكن، بالمقابل، التساؤل حول منح دعوى مباشرة لصالح الدائنين أصحاب الأبنية والمرتهنين العقاريين «على» الدعوى المباشرة التي يمكن أن يمارسها المالك على أساس هذا النص. إن السيد Cozin يرى النفي بالأخذ بأن الدعوى المباشرة لهذه الفئة من الدائنين جنوى قبولها فقط في تأمين الأشياء وليس تأمين المسؤولية (المادة 121-3، الفقرة 1)، وأن الدعوى المباشرة، بسبب طابعها الاستثنائي، لا يمكن أن تمتد خارج مجالها. إن الحل يستحق تأييده وإنما لأسباب تسويغ مختلفة. فالتفسير الحصري للدعوى المباشرة لا يسوّغ رفض امتداد المجال⁽¹⁾. على أن المخصص بالتعويض هو المالك دون الدائنين أصحاب الامتياز والمرتهنين العقاريين الذين يجدون أنفسهم أصحاب دعوى مباشرة تتطعم في تأمين خارج عن إواليها.

785 - دعوى الشحان المباشرة.

في حالة استئجار السفينة من الباطن ألا يستطيع الشحان طلب دفع أجرة السفينة لمستأجر السفينة أو أن بإمكانه ممارسة دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن؟

لا يبدو أن المسألة طرحت في ظل الأمر الاشتراعي البحري لعام 1881 عندما يكون مفعول هذا النص الذي يمنع تأجير سفينة من الباطن بشحن أعلى من الشحن المراد في المادة الأولى تقليص عند استئجار السفن من الباطن إلى حد كبير⁽²⁾. والمحاكم، بما اعتبر أن استئجار السفينة من الباطن تماثله بإيجار من الباطن، تطبق عليه، منذ القرن التاسع عشر، أحكام المادة 1753 من القانون المدني لكي تمنع تجهز السفينة دعوى مباشرة للإيفاء⁽³⁾. والمجدد حول تسويغ هذا الحل⁽⁴⁾ لا مجال له في وجود نص قانوني صريح.

فالمادة 14 من قانون 18 حزيران 1966 التي تكرس الاجتهاد السابق تنص بالنسبة على أن «الشحان، بمقدار ما يتوجب له على مستأجر السفينة، بإمكانه مقاضاة مستأجر السفينة من الباطن لإيفاء أجرة السفينة التي ما تزال متوجبة على هذا المستأجر وتحدد، في الفقرة الثانية، أن «استئجار السفينة من الباطن لا يقيم سوى علاقات مباشرة حين الشحان ومستأجر

(1) انظر حول حدود النظرية القانونية للدعوى المباشرة، الرقم 728 السابق.

(2) POTHIER, *Louages maritimes*, رقم 63.

(3) انظر حكم محكمة التجارة في DIEPPE، 22 تموز 1877، 880، 2، صفحة 45 حكم محكمة استئناف روان، 28 شباط 1878، 73 Dalloz، 2، صفحة 30 - 21 تشرين الثاني 1889، 1900 Dalloz، 2، صفحة 204. انظر في الانجاء عنه حكم محكمة التجارة في سين، 8 كانون الثاني 1953، 959، 1، القانون البحري الفرنسي صفحة 606، وبناء على استئناف حكم محكمة استئناف باريس، 14 كانون الأول 1950، القانون البحري الفرنسي، 1961، صفحة 215، تعليق R. RODIÈRE.

(4) انظر G. RIPERT، *Droit maritime*، الجزء I، الطبعة الرابعة، رقم 1658، صفحة 545.

السفينة من الباطن⁽¹⁾.

وقد حكمت محكمة النقض مؤخراً، تقريراً لفعالية الدعوى المباشرة، بأن الشحان الذي يقاضي مستأجر السفينة من الباطن لتسديد أجرتها بإمكانه الاستفادة ضده من الامتياز الذي أنشأته المادة 2 من القانون في حدود ما يزال متوجباً على مستأجر السفينة من الباطن للشحان الوسيط⁽²⁾.

ب - مستحقات القانون

786 - ينبغي، إلى جانب الإنشاء القانوني الذي تشكل الدعوى المباشرة في مادة المقابلة من الباطن، بيان حالة رفض محكمة النقض إعطاء الاجراء دعوى مباشرة للإيفاء على أساس قانون 27 كانون الأول 1973.

1) دعوى المقاول من الباطن ضد صاحب العمل المستقل

787 - الإيفاء المباشر والدعوى المباشرة.

بما أن دعوى العمال المباشرة لم يجعلها الاجتهاد تمتد إلى العقاولين من الباطن⁽³⁾، فإن قانون 31 كانون الأول 1975 هو الذي قبل المبدأ، مبدئياً وسام ممارستها وفقاً لمتيح يفرق بين النظامين⁽⁴⁾.

ويجب بالفعل التفريق بين «الإيفاء المباشرة» (الباب II) و«الدعوى المباشرة» (الباب III).

يطبق الإيفاء المباشر «على الصفقات التي تقوم بها الدولة الجماعات العمومية والمؤسسات العمومية» (المادة 4) ما دام أن مبلغ عقد المقابلة يفوق 4000 فرنك (المادة 6، الفقرة 2)، والعقود التي تجريها شركات الاقتصاد المختلط⁽⁵⁾ والمؤسسات التي تملك فيها جماعة عمومية قسماً مهماً بما فيه الكفاية من رأس المال لكي تمارس فيها رقابة فعلية⁽⁶⁾.

(1) حكم محكمة استئناف باريس، 22 كانون الثاني 1982، القانون البحري الفرنسي 1982، صفحة 553، تعليق R. ACHARD. قارن في مادة النقل الجوي بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 أيار 1991، الشرة المدنية، IV، رقم 162، صفحة 117.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 114، صفحة 79. وتتميز الدعوى المباشرة، من وجهة نظر عامة، باستياز كان يطعح إليه الفقه. انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 575 وما يليه.

(3) انظر الرقم 780 السابق.

(4) انظر حول مجمل المسألة «RAMBURE, Le paiement du sous-traitant», منشورات L.G.D.J. 1990.

(5) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 16 تشرين الأول 1984، مجلة القانون المقاري، 1985، 255، ملاحظة Ph. MALINVAUD et B. BOUDLI.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 كانون الثاني 1988، 1988، Dalloz، صفحة 27 من التقرير (تملك الدولة 90% من رأس المال) - 5 شباط 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 62، صفحة 35.

تخضع له من حيث المبدأ. وتنص المادة 6، الفقرة الأولى، على أن «المقاول من الباطن الذي جرى قبوله وشروط الإيفاء وافق عليها صاحب العمل المستقل يسدد له القسم من الصفقة الذي أتم تنفيذ»، في حين أن الفقرة الأخيرة تحدد أن «هذا الإيفاء إلزامي حتى ولو كان المقاول الأصلي في حالة تصفية أمواله أو التسوية القضائية أو تعليق الملاحظات مؤقتاً». وبالتالي ينشئ الإيفاء المباشر دعوى مباشرة تامة طالما أن دين المقاول مجعد منذ الأساس لصالح المقاول من الباطن.

والدعوى المباشرة التي لا يمكن أن تكون دعوى الإيفاء الاحتياطية التي لم تجتمع شروطها⁽¹⁾ تطبق على جميع أشكال المقاولات من الباطن الأخرى التي تقصدها المادة الأولى من القانون. ونظامها، ضمن تحفظ مزدوج، يقترب من نظام الإيفاء المباشر المطبق في مادة الصفقات العمومية. فطابعها، من جهة أولى، احتياطي: لا يمكن العمل بها إلا بشرط أن يكون صاحب العمل المستقل متخلفاً عن الحضور وفقاً لأحكام المادة 12. وللدعوى الممنوحة للمقاول من الباطن، من جهة ثانية، باعتبار أن تعجيد الدين بين يدي صاحب العمل المستقل لا يتم مبدئياً إلا في أونة ممارسة الدعوى (المادة 13، الفقرة 2)، هي دعوى مباشرة غير تامة، مع التحفظ لجهة أحكام المادة 13 - 1 المتحدثة من قانون 2 كانون الثاني 1981 التي تقارنها بالدعوى المباشرة التامة⁽²⁾.

إن ممارسة الدعوى، كما مفاعيلها، تضفي على الدعوى المباشرة الواردة في الباب III طابعاً جرى التمكن من وصفه بصواب «بالغريب»⁽³⁾.

788 - شروط الممارسة.

تخضع ممارسة الدعوى المباشرة من قبل المقاول من الباطن أو المقاولين من الباطن المتعاقبين⁽⁴⁾ ضد صاحب العمل المستقل بشرط مزدوج لقبولهم والموافقة على شروط إيفائهم من قبل صاحب العمل المستقل (المادة 3).

(1) حكما الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 12 و 19 كانون الثاني 1982، S.1982، 384، تعليق A. BÉNABENT (الناقد). - حكما مجلس الدولة 17 آذار و 13 تشرين الأول 1982، 1983 Dalloz، صفحة 238 من التقرير، ملاحظة P. DELVOLVE، حوليات الاجتهاد الإداري، 1982، صفحة 727، طلبات BOYON، مصنف الاجتهادات الدوري، 1983، الطبعة G، II، 20100، ملاحظة G. FLÉCHEUX.

(2) انظر الرقم 789 اللاحق.

(3) H. SYNDET، In Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et sous-traitants الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة I، G، 3425، رقم 31.

(4) قبلت محكمة النقض ممارسة الدعوى المباشرة ضد صاحب العمل المستقل في حالة المقاول من الباطن المتسللة. انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة، 29 أيار 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة G، II، 19440، ملاحظة G. FLÉCHEUX، 1980 Dalloz، صفحة 443، تعليق A. BÉNABENT، 11 تشرين الأول 1983، 1984 Dalloz، صفحة 153، تعليق A. BÉNABENT، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 327، رقم 3، ملاحظة Ph. RÉMY.

وقام جدال حول نقطة معرفة ما إذا كانت ممارسة «الدعوى المباشرة»، إذ استعاد الباب II (المادة 6) أحكام المادة 3 في حين أن الباب III لم يأت على ذكرها، خاضعة لهذا الشرط المزدوج⁽¹⁾. وفي حين أن الغرفة التجارية أعلنت نفي ذلك أدخلت الغرفة المدنية الثالثة بالحل المعاكس⁽²⁾. وأخذت الغرفة المختلطة المدعوة إلى البت بالأمر بأن القبول والموافقة إذا كانا مطلوبين فليس من الواجب أن يكونا سابقين أو متلازمين لإبرام عقد المفاوضة من الباطن ولا يمكن، في أي حال من الأحوال، أن يتمسك بهما صاحب العمل المستقل، بابتغاء المفاوض الأصلي ودائمه⁽³⁾. ويمكن أن يكون القبول والعراققة اللذان قد يكونان حاصلين في أونة ممارسة الدعوى المباشرة⁽⁴⁾ ضمنين شرط أن لا يكونان ملتبين وأن لا يتجان عن موقف سلمي من جهة صاحب العمل المستقل⁽⁵⁾.

ولا يكون المفاوض من الباطن محروماً من الحماية في غياب الموافقة والقبول. ولا شك في أن محكمة النقض، ترفض، مع أنه لم يصدر حكم بإدانة ذلك⁽⁶⁾، أن يمارس المفاوض من الباطن دعوى الإثراء بلا سبب ضد صاحب العمل المستقل⁽⁷⁾. إنها تغطي مع

(1) انظر في شأن الطابع الجمعي للموافقة والقبول، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، أول نيسان 1992، النشرة المدنية، III، رقم 110، صفحة 167، Dalloz 1994، صفحة 148 من التقرير، ملاحظة A. BÉNABENT. قارن بحكم الغرفة التجارية، 16 تموز 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 259، صفحة 180، قبول ممارسة الدعوى المباشرة حتى في غياب الموافقة إذا لم يحتج بها صاحب العمل المستقل ضد المفاوض من الباطن.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1980، وحكم الغرفة المدنية الثالثة، 29 أيار 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة II, G، 19440، ملاحظة G. FLÉCHEUX؛ Dalloz 1980، 443، تعليق A. BÉNABENT.

(3) 13 آذار 1981، مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة II, G، 19568، طليات TOUBAS، ملاحظة G. FLÉCHEUX؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 862، رقم 2 ملاحظة Ph. RÉMY. انظر في المقام الأخير حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 شباط 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 43.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 31 آذار 1993، النشرة المدنية، III، رقم 48، صفحة 31، Dalloz 1994، صفحة 148 من الموجز، ملاحظة A. BÉNABENT (لا أهمية تذكر لأن يكون المفاوض الأصلي موضوع إجراء جماعي). - 16 كانون الأول 1987، النشرة المدنية، III، رقم 206، صفحة 122.

(5) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 تموز 1984، النشرة المدنية، III، رقم 141، صفحة 109 - 19 تشرين الثاني 1986، مجلة القانون العقاري، 1987، صفحة 231، ملاحظة B. BOUBLI و Ph. MALINVAUD. - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 أيار 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 114، صفحة 87 - 14 حزيران 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 200، صفحة 138 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض 30 تشرين الأول 1991 النشرة المدنية، III، رقم 257، صفحة 151؛ 1992، صفحة 114 من الموجز، ملاحظة A. BÉNABENT.

(6) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1985، Dalloz 1986، صفحة 456، تعليق Ph. DUBOIS. إضافة إلى حكم محكمة استئناف أميان، 8 كانون الثاني 1987، Dalloz 1987، صفحة 336، تعليق Ph. DUBOIS.

(7) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، III، رقم 319، =

ذلك بديلاً متحدرًا من تفسير الفقرة الثانية من المادة 3، أي أن المقاول من الباطن يستفيد من عقده لكي يسد له المقاول ما يتوجب عليه ويكون مسؤولاً في حالة التنفيذ السيئ لمقارنته من الباطن، أو أن لا يفيد من عقده فلا يكون مسؤولاً⁽¹⁾. وبإمكانه، فضلاً عن ذلك «الإفادة من المادة 14 - 1 المتحددة من قانون 6 كانون الثاني 1986⁽²⁾. وعلى صاحب العمل المستقل، في قطاع البناء والأشغال العمومية وشرط أن يكون مهنيًا (المادة 14 - 1، الفقرة الأخيرة) «إذا كان على علم بوجود مقاول من الباطن في الورثة لم يكن موضوع موجبات محددة في المادة 3، أن ينذر المقاول للقيام بموجباته». وعليه، فضلاً عن ذلك «أن يطلب إلى المقاول الأصلي أن يبرّغ تقديم الكفيل» وأن لا يستفيد المقاول من الباطن المقبول الذي تم قبول شروط إيفائه من الإثابة في الإيفاء. وإذا كان هذا المقاول من الباطن بإمكانه إثبات أن صاحب العمل المستقل كان مهملاً يمكنه اعتباره مسؤولاً تقصيرياً⁽³⁾ مما يشكل قليلاً لتحليل، على اعتبار أن الموافقة والقبول كان إنشائهما في الأصل لحماية صاحب العمل المستقل.

وإذا توفر هذا الشرط المزدوج بإمكان المقاول من الباطن الذي لا يستطيع العدول عن الدعوى المباشرة (المادة 12، الفقرة 2)، التي يحتفظ بالإفادة منها إذا كان المقاول الأصلي موضوع إجراء جماعي (المادة 12، الفقرة 3)⁽⁴⁾، أن يقاضي صاحب العمل المستقل (مباشرة) (المادة 12، الفقرة الأولى) «إذا لم يقدم المقاول، خلال شهر من إنذاره، بدفع المبالغ المتوجبة استناداً إلى عقد المقاولة من الباطن»، شرط توجيه نسخة عن الإنذار إلى صاحب العمل المستقل⁽⁵⁾.

= صفحة 197؛ Dalloz 1994، صفحة 152 من الموجز، تعليق A. BÉNABENT.

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 3 حزيران 1992، النشرة المدنية، III، رقم 188، صفحة 116 - 23 نيسان 1992، النشرة المدنية، III، رقم 135، صفحة 84 - 15 كانون الثاني 1992، النشرة المدنية III، رقم 21، صفحة 12. 13 نيسان 1988 (حكمان)، النشرة المدنية، II، رقم 72، صفحة 41 النشرة المدنية، III، رقم 73، صفحة 42؛ Dalloz 1988، صفحة 622، تعليق Ph. DUBOIS؛ مجلة نصر العدل 1988، 2، صفحة 605، تعليق B. SABLIER و E. CARO، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 106، رقم 2، تعليق Ph. RÉMY.

(2) انظر H. PÉRINET - MARQUET، L'impact de l'article 14 - 1 de la loi du 31 décembre 1975: Vers une meilleure sécurité de paiement des sous-traitants، 1994، الطبعة 3745 G.I.

(3) كمية المطال والضرر يمكن أن تساوي المبلغ «المجند» بين يدي صاحب العمل المستقل، مع تخفيض التعويضات المتوجبة عن التأخر والعيوب المحتملة؛ انظر A. BÉNABENT، تعليق على حكم الغرفة المختلطة في 13 آذار 1981، المذكور سابقاً.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1980، المذكور آنفاً الذي استنتج من ذلك منطقاً أن المقاول من الباطن لا يتوجب عليه الخضوع لإجراء تحقيق الدين. أضف إلى ذلك حكم محكمة استئناف نرساي، 29 أيلول 1988، Dalloz 1988، صفحة 262 من التقرير.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 أيار 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 178، صفحة 126 (الإبداع في المطالبات من المقاول الأصلي يساوي إنذاره) - 3 تموز 1990، النشرة المدنية، IV، رقم =

789 - المقاييل .

موجبات صاحب العمل المستقل محددة (المادة 3، الفقرة الأولى) من جهة أولى «بالتقديرات المنصوص عليها في عقد المقايلة من الباطن» المستفيد منه⁽¹⁾، ومن جهة ثانية (المادة 13، الفقرة 2) «بما يتوجب عليه للمقاول الأصلي بتاريخ تلقي الإنذار».

وتعبر الفقرة الثانية من المادة 13 دعوى مباشرة غير تامة⁽²⁾. ولا يسري تجميد الدين إلا في آونة ممارستها. وعليه ليست الدفوع السابقة لتاريخ الدعوى محتجاً بها ضد المقاول من الباطن على عكس الدفوع اللاحقة. وهكذا حكمت محكمة النقض بأن صاحب العمل المستقل ليس في وسعه أن يحتج في وجه المقاول من الباطن بوضع المبالغ المتوجبة، عليه للمقاول الأصلي موضوع تصفية أمواله تحت الحراسة إذا كان صاحب العمل المستقل قد تلقى نسخة عن الإنذار بأن عليه أن يدفع للمقاول من الباطن المبالغ المسحقة استناداً إلى عقد المقايلة من الباطن قبل حكم محكمة التجارة الذي أمر بهذه الحراسة⁽³⁾.

إن طابعاً كهذا يمنع الخطوة عن المقاول من الباطن الذي يمكن أن يرى بطرح حقه فإنما من الماهية إذا كان مبلغ دينه، في آونة ممارسة دعواه، أي في يوم تلقي صاحب العمل المستقل نسخة عن الإنذار⁽⁴⁾، قد نقل إلى ذمة الغير المالية⁽⁵⁾، ويظهر هذا الإجحاف بوضوح في النزاع الذي يواجهه مؤسسات الائتمان التي حرك المقاول لديها ديناً ناتجاً عن عقد المقايلة⁽⁶⁾.

■ 189، صفحة 138 (تقديم كميالة صادرة لتسديد الأشغال لا يبايى إنذار المقاول الأصلي) - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 حزيران 1982، النشرة المدنية، III، رقم 144، صفحة 104. أضفت إلى ذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، النشرة المدنية، III، رقم 159، صفحة 92 (إرسال نسخة من الإنذار لا يشكل إخلالاً بالدفع بمعنى المادة 1153 من القانون المدني). - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 حزيران 1992، النشرة المدنية، III، رقم 187، صفحة 115 - 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 256، صفحة 150 (تلقى نسخة عن الإنذار لا يجعل صاحب العمل المستقل متيناً شخصياً بالفوائد إلا بعد إنذاره).

(1) حكمت الغرفة المخططة بأن الدعوى المباشرة يمكن أن تناول أي مبلغ ما يزال متوجباً على المقاول الأصلي في آونة ممارستها ولا أهمية تذكر لأي أشغال يعود هذا الرصيد المتوجب. انظر 18 حزيران 1982 (حكمان)، مصنف الإجنهادات الدوري، 1982، الطبعة II، G، 1958، طلبات SADON، ملاحقة G. FLÛCHEUX، 1983، Dalloz، صفحة 221، تعليل A. BÉNABENT - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 29 أيار 1991، المذكور آنفاً.

(2) انظر A. BÉNABENT، تعليق على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 شباط و 8 آذار 1983، 1983، Dalloz، صفحة 483 - traitance - Roux، Vers un charte de la sous - traitance، مجلة - الاقتصادية للقانون المقاري، 1978، صفحة 64.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 17 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، III، رقم 193، صفحة 111.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 17 تشرين الأول 1990، المذكور سابقاً.

(5) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 12 أيار 1993، النشرة المدنية، III، رقم 64، صفحة 41، الذي يجب الاستنتاج منه أن هذا النقل لا مجال له كلما لم يكن هذا الدين مستحقاً.

(6) انظر من وجهة نظر عامة A. BÉNABENT، Le conflit entre banquiers et sous - traitance، مجلة القانون ■

وهكذا حكمت محكمة النقض بأن المتعهد من الباطن يتغلب على المصرفي حامل كميالة، وإنما بالشرط الوحيد في أن يمارس الدعوى المباشرة إما قبل تاريخ الاستحقاق إذا لم يكن السند قد تم قبوله⁽¹⁾ وإما قبل تاريخ الحسم في الفرضية المعاكسة، إذ يؤدي القبول إلى النقل الفوري وفاء الكميالة⁽²⁾. وقد جرى الأخذ بهذا الحل بعد أن أدخل قانون 2 كانون الثاني 1981 المادة الجديدة 13 - 1 عندما لم يكن من الممكن أن تمتد هذه العادة التي تنص على أن «المقاول الأصلي لا يستطيع أن يلجأ إلى حوالة الحق أو رهن الدين الناتج عن صفقة أو عقد مبرم مع صاحب العمل المستقل إلا بما يعادل المبالغ المتوجبة له بسبب الأشغال التي نفذها شخصياً»، خارج مجالها المحدد حصراً⁽³⁾.

وبالمقابل استخرجت محكمة النقض من ذلك، في زمن أول، النتائج المتعلقة بالتنازل Daily بالحكم بأن قيام المقاول بنقل دينه على صاحب العمل المستقل، حتى قبل ممارسة الدعوى المباشرة من قبل المقاول من الباطن كان غير محتج به ضد صاحب العمل المستقل⁽⁴⁾. وجرى الأخذ بحل مماثل في ما يختص بعقد تحصيل الديون الذي أحلّ المقاول الأصلي غيراً في حقوقه لكامل الدين الذي كان له على صاحب العمل المستقل⁽⁵⁾. وهذا الحل قابل للنقد عندما لا يدخل تحصيل الديون، المحقق عن طريق حلول اتفاقي لا يخطط مع حوالة الحق⁽⁶⁾، في حقل تطبيق المادة 13 - 1 بشكل صريح⁽⁷⁾.

* المقاري، 1990، صفحة 149 وما يليها. A. M. KOMANI, La protection des sous - traitants de marchés privés titulaires de l'action directe dans le conflit les opposant aux banquiers bénéficiaires de transferts de créances, Dalloz 1990، صفحة 179 وما يليها من العرض - H. SYNDET، المقالة المذكورة سابقاً.

- (1) حكم الغرفة التجارية، 4 كانون الأول 1984، Dalloz 1985، صفحة 181، تعليق A. BÉNABENT، معنيف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة II، G، 20455، ملاحظة H. SYNDET.
- (2) حكم الغرفة التجارية، 18 شباط 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 17. قارن في ما يتعلق بحسم سند لأمر بحكم الغرفة التجارية، 5 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 95، صفحة 165 Dalloz 1992، صفحة 28 من الموجز، ملاحظة M. VASSEUR.
- (3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 تموز 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 211، صفحة 141؛ Dalloz 1991، صفحة 369، تعليق P. BLOCH؛ تقرير محكمة النقض، 1988، صفحة 314.
- (4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 318، صفحة 1213؛ طلبات MONTANIER، تقرير محكمة النقض، 1988، صفحة 141 - 29 آذار 1991، المذكور سابقاً. وكذلك، M. PEISSER، L'action directe des sous - traitants en concours avec une cession de créances «Loi Daily» مجلة قصر العدل، 1989، I، الفقه، صفحة 146.
- (5) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 آذار 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 97، صفحة 57 - 12 شباط 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 43 - 5 شباط 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 53، صفحة 35 - 22 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 318، صفحة 312.
- (6) H. ROLAND et L. BOYER، النظام العام، الطبعة الرابعة، 1992، تأليف B. STARCK - Obligations، رقم 54، صفحة 34.
- (7) انظر حول ضرورة تفسير حصري المادة 13 - 1، تقرير محكمة النقض، 1989، صفحة 315.

وهذه اللاحجية التي مدت محكمة النقض الإفادة منها إلى المصرفي المتنازل له عندما لا يبرهن عى مسؤوليته⁽¹⁾ تحقق عدم قابلية تصرف مستتره⁽²⁾ للدين المقاول من الباطن في ذمة صاحب العمل المستقل المالية. وهي نتيج هكذا مقارنة الدعوى المباشرة التي يحوزها المقاول من الباطن بقتة الدعوى المباشرة التامة⁽³⁾.

وأصبح نص قانون عام 1975، بسبب هذه الإضافات المتعاقبة⁽⁴⁾، معقداً صناعياً. وهو نادراً ما يقوم، بكونه لم يربح في التماسك، وفي الفعالية على ما يبدو، حماية فعالة للمقاولين من الباطن الذين يتحملون دائماً مفاعيل الإجراءات الجماعية التي تصيب شركاءهم الاقتصاديين.

2) دعوى الأجراء للإيفاء ضد رابطة إدارة نظام تأمين الديون الأجرية (A.G.S).

790 - وضع قانون 2 كانون الثاني 1973 نظام تأمين إلزامي لضمان دفع أجور الأجراء ضد مخاطر اعمار المتخديم. والنظام القانوني لهذا التأمين، حتى ولو أنبئت إدارته الفصاية بموجب اتفاقية برابطة الاستخدام في الصناعة والتجارة (ASSEDIC)، (المادة 11-11 L. 143) تضطلع به رابطة أنشئت لهذه الغاية: رابطة إدارة نظام تأمين الديون الأجرية (A.G.S)⁽⁵⁾. وبالتالي طرحت مسألة دعوى مباشرة محتملة للإيفاء يحوزها العمال ضد رابطة إدارة نظام تأمين الديون الأجرية.

وقد أجبرت المادة 143-11-7 L. ممثل الدائنين على وضع بيان بالديون وفق سجل الاستحقاقات المحدد بشكل أمر يبدأ بالسريان اعتباراً من حكم افتتاح الأجراء. وإذا كانت ديون الأجراء يتعذر دفعها من الأموال الجاهزة فإن الممثل يطلب سلفة من رابطة الاستخدام في الصناعة والتجارة ويدفع فوراً الأموال المتلقاة للأجراء. وهذا الإجراء الخاص الذي أوجده المشرع يستبعد بالتأكيد منح دعوى مباشرة لصالح الأجراء. ولا تطرح المسألة إلا في حالة إهمال الممثل الدائنين. بيد أن الاجتهاد، حتى في هذا الوضع، كان مجمعاً بسرعة على

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 آذار 1991، المذكور سابقاً.

(2) التيسير من السيد Synvet، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 37 وما يليه.

(3) على أن الأمر مختلف عندما يحصل المقاول الأصلي على الكفالة المتخصص عليها في المادة 14، الفقرة 13 - 1 التي تسمح له بحالة الحق أو رهن الديون بكاملها.

(4) انظر، فضلاً عن ذلك المادة 14 - 1 الجديدة المتحلرة من قانون 6 كانون الثاني 1986 التي تجبر صاحب العمل المستقل، ضمن بعض الشروط، على إنذار المقاول الأصلي باحترام الموجبات الملقة على عاتقه في المادة 3. انظر JAMIN Ch، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 189، صفحة 188.

(5) انظر حول نظام رابطة إدارة الاستخدام في الصناعة والتجارة G. COUTURIER، Droit du travail، الجزء I، «علاقات العمل الفردية»، منشورات P.U.F، الطبعة الثانية، 1993، رقم 316، صفحة 502، وما يليها. كذلك B. BEZIAN، La garantie des créances salariales dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire: quelques décisions récentes، 1991، صفحة 678 وما يليها.

رفض منح دعوى مباشرة لصالح الأجراء⁽¹⁾.

وهذا الجواب السلبى لمحكمة النقض منتقد. فالأجير، كما في حالة تأمين المسؤولية⁽²⁾، هو المستحق النهائي لمبلغ الضمان الذي يعطيه التأمين، وهذا الضمان ليس متوجباً على الهيئة التي تومن إدارته إلا بسبب دين المستخدم للأجير. كما أن الأسباب التي سوّغت إعطاء دعوى مباشرة للضحية أو مكتسب الملكية الثاني في ما يتعلق بالضمان⁽³⁾ كان من الواجب، لو لم تكن النظرية الحالية للدعوى المباشرة قانونية عن خطأ⁽⁴⁾ أن تكون موجودة في ما يتعلق بالأجراء، على الأقل في حالة إهمال ممثل الدائنين.

ولمنح الدعوى المباشرة في هذه الفرضية سنة اختصار الإجراء إذ تتجنب أن تقوم رابطة إدارة نظام تأمين الديون الأجرية بدفع الدين المستحق بين يدي ممثل الدائنين الذي يدفعه بدوره للأجير. وهي، من جهة أخرى، لا تغيد الأجير ظمناً بالنسبة إلى الأجير الذي يرى نفسه مطبقاً عليه الأجراء المنصوص عليه في القانون عندما لا يكون عليه، ذلك بأن ممثل الدائنين ملزم بأن يدفع له «فوراً المبالغ التي تلقاها» بسبب الامتياز الأول الذي يحوزه، أن يتحمل مشاركة دائني المدين الآخرين موضوع إجراء جماعي.

ومن المناسب بيان أن محكمة النقض، عندما يبرم المستخدم وثيقة تأمين لضمان دفع تعويضات الصرف من الخدمة، تمنح الأجراء مباشرة للإيفاء ضد التأمين⁽⁵⁾.

II - الدعاوى المباشرة للمسؤولية

791 - بما أن دعاوى المسؤولية هي من خلق اجتهادي فإن بعض النصوص جاء يؤكد الإلزامية فمن الضروري إذاً تمييزها.

(1) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 16 تشرين الأول 1980، النشرة المدنية، V، رقم 747، صفحة 550، Dalloz 1981، صفحة 201 من التقرير، ملاحظة A. HONORAT - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 تموز 1980، صفحة 204 من التقرير، ملاحظة A. HONORAT، 25 تشرين الثاني 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 395، صفحة 317، Dalloz 1981، صفحة 389 من الموجز، ملاحظة A. HONORAT - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 6 تموز 1981، القانون الاجتاعي 1982، 103 - 13 أيار 1982، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، الطبعة G، IV، صفحة 211 - 19 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، V، رقم 659، صفحة 418. أضف إلى ذلك حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 25 آذار 1982، النشرة المدنية، V، رقم 210، صفحة 155 - 25 نيسان 1984، النشرة المدنية، V، رقم 141، صفحة 110 (يتعلق القانونن مقاطعة رابطة الاستخدام في الصناعة والتجارة لإدانتها بإعادة وضع الأمور بين يدي ممثل الدائنين).

(2) انظر الرقم 789 السابق.

(3) انظر الرقم 721 السابق.

(4) انظر الرقم 728 السابق وما يليه.

(5) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 9 حزيران 1983، النشرة المدنية، V، رقم 160، صفحة 109، Dalloz 1994، صفحة 220، تطبيق Ch. JAMIN.

1 - خلق الاجتهاد

792 - إذا كانت الدعوى المباشرة للضمان في مادة المبيعات المتعاقبة مبنية على الفكرة في أن هذه الدعوى يجب أن تفيد مالك المال⁽¹⁾، فإن المظاهر الأخرى للإرادية يمكن أن تكون مبنية على فكرة نقل القيمة بين حائز الدعوى والمدين الفرعي⁽²⁾.

(1) دعوى مكتسب الملكية الثاني المباشرة ضد يافع سابق⁽³⁾.

793 - سبق أن بينا تركز الدعوى المباشرة للضمان وانتشارها⁽⁴⁾ وهي تطبق على العيوب الخفية وعلى نزاع اليد⁽⁵⁾. وقد سمحت محكمة النقض، إضافة إلى ذلك، لمكتسب الملكية الثاني بأن يقاضي للمسؤولية من القانون العام البائع السابق استناداً إلى عدم مطابقة الشيء المباع⁽⁶⁾. كما سمحت، فضلاً عن ذلك، بأن يمارس دعوى المسؤولية العقدية من القانون العام المبنية على موجب الأمن الملقى على عاتق البائع المهني⁽⁷⁾. وقبول الدعوى المباشرة لصالح مكتسب الملكية الثاني التي أكدت محكمة النقض حديثاً مبدأها⁽⁸⁾ يترك عدداً من المسائل المتعلقة بنظامها محللاً.

794 - الغموض المتعلق بالنظام القانوني

حسمت محكمة النقض مسائل مختلفة بوضوح كافٍ.

فقد أخذت، في ما يتعلق بشروط ممارسة الدعوى، بأن مكتسب الملكية الثاني لا يستطيع مقاضاة الذين باعوا الشيء في حين أن الغيب سبق أن كان موجوداً⁽⁹⁾. يضاف إلى

(1) انظر الرنمين 721 و 789 السابقين.

(2) انظر الرقم 768 السابق.

(3) J. GHESTIN et B. DESCHÊ، المرجع عنه، رقم 1015 وما يليه. وكذلك E. ROBINE، Le point sur بليه. منشورات D.M.F، 1993، صفحة 533 وما يليها.

(4) انظر الرقم 721 السابق.

(5) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 آذار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 93، صفحة 50، Dalloz 1991، صفحة 26، تعليق J. KULLMANN.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 آذار 1983، النشرة المدنية، I، رقم 92، صفحة 81؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، الطبعة II، G، 20285، ملاحظة P. COURBE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 753، ملاحظة Ph. RÉMY.

(7) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 44، صفحة 120؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 592 وما يليها، ملاحظة P. JOURDAIN (كان مكتسب الملكية الثاني واحداً).

(8) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1991 (لم ينشر في النشرة)، المقود والمتافسة والاستهلاك، 1992، ملاحظة L. LEVENEUR.

(9) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الثاني 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1973، الطبعة II، G، 17340، ملاحظة Ph. MALINVAUD.

ذلك أن مكتب الملكية الثاني الذي يقاضي لضمان العيوب الخفية، ليس عليه موجب اختصام البائع الوسيط⁽¹⁾. كما أنه يخصم، إذ ليس بإمكانه اختيار الطريق التقصيرية⁽²⁾ لقواعد التقادم في المادة العقدية وحدها. وهكذا يلزم بالمقاضاة في مهلة المادة 1648 الأقصر إذا مارس دعوى ضمان العيوب الخفية⁽³⁾. وعليه دعوة الباني إلى الحضور خلال الستين لتسلم العقار إذا قاضي لضمان مستتين⁽⁴⁾، وخلال عشر سنوات اعتباراً من تسليم الأشغال لضمان عشر سنوات⁽⁵⁾، ومهلة القانون العام، في مادة عدم المطابقة، هي المطابقة بذاتها⁽⁶⁾. وقد حددت محكمة النقض، من ناحية ثانية، أنه من غير الممكن إعطاء صاحب العمل المستقل دعوى مباشرة مبنية على عدم مطابقة المنتجات ضد الصانع، مع إعطاء دعوى ضمان العيوب الخفية ضد هذا الصانع ذاته لصالح المفاوض، في ما يتعلق بالعيوب ذاتها⁽⁷⁾. ويمكن أخيراً التفكير شروعاً في أن الإجراء الجماعي الذي يطال البائع الوسيط يجب أن يبقى بلا تأثير في ممارسة الدعوى المباشرة. وتقدر المسائل المتعلقة بالمسؤولية بالفعل في شخص البائع السابق؛ فمكتسب الملكية الثاني ليس إذاً بحصر المعنى دائن البائع الوسيط الذي لا يطلب إليه تسديد مبلغ من العملة. إن الغرفة التجارية تنزع إلى هذا الحل إذ حكمت، في 26 تشرين الثاني 1990، بأن واقع كون صاحب العمل المستقل لم يقدّم بإحداث شيء في المهمل المطلوبة في المطلوبات من المفاوض (حصوله) لا يحرمه من دعواه المباشرة للمسؤولية ضد صانع المواد⁽⁸⁾.

- (1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 حزيران 1989، النشرة المدنية، III، رقم 133، صفحة 74.
- (2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، I، رقم 241، صفحة 192؛ Dalloz 1980، صفحة 222 من التقرير، تعليق Ch. LARROUMBT، المجلد الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 355، ملاحظة G. DURY، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 تشرين الثاني 1982، مصنف الاجتهادات الدوري، 1983، IV، صفحة 28 - 27 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 182، صفحة 162 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 أيار 1984، النشرة المدنية، I، رقم 149، 126 - 13 تشرين الثاني 1984، النشرة المدنية، I، رقم 303، صفحة 258. 4 آذار 1986، النشرة المدنية، I، رقم 57، صفحة 53 - حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 30 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، II، رقم 240، صفحة 130 - المجلد الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 223، ملاحظة P. JOURDAIN.
- (3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية، III، رقم 298، صفحة 184 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1979، المذكور سابقاً.
- (4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 غياط 1988، النشرة المدنية، III، رقم 41، صفحة 22.
- (5) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 آذار 1988، Dalloz 1970، صفحة 663، تعليق Ph. JESTAZ. وكذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 6 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، III، رقم 228، صفحة 125.
- (6) حكم محكمة استئناف باريس، 15 تشرين الأول 1986، Dalloz 1987، صفحة 334، طلبات G. PAIRE.
- (7) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 220، صفحة 129؛ Dalloz 1992، صفحة 272 من الموجز، ملاحظة J. KULLMANN.
- (8) النشرة المدنية، IV، رقم 298، صفحة 205.

وقد حكمت الغرفة المدنية الأولى، في ما يتعلق بتتبع الدعوى، بأن مكتسب الملكية الثاني بإمكانه الحصول بالتزامن على إداة البائعين السابقين⁽¹⁾. ويبدو، فضلاً عن ذلك، أنها بنتت، في 27 كانون الثاني 1993⁽²⁾، بمسألة الاستردادات. كانت إحدى محاكم الاستئناف، في هذه القضية، قد أخذت بأن البائع الأصلي كان عليه أن يمدد لمكتسب الملكية الثاني الذي مارس ضده دعوى الفسخ لعيب خفي المبلغ الذي دفعه للبائع الوسيط. وجرى نقض هذا الحكم بحجة أن «دعوى الفسخ لعيب خفي التي مارسها مكتسب الملكية الثاني هي دعوى سلفه، أي دعوى البائع الوسيط ضد البائع الأصلي، وأن هذا البائع الأصلي غير ملزم برد ما تلقاه، سوى ما يتوجب عليه من عطل وضرر للتعويض عن الضرر المسبب». وهكذا لا يتوجب على البائع السابق لمكتسب الملكية الثاني سوى مبلغ الثمن الذي استوفاه من البائع الوسيط. والفائض، أي الفرق بين هذا المبلغ والثمن الوارد في عقد البيع المبرم بين البائع الوسيط ومكتسب الملكية الثاني مخصص لمكتسب الملكية هذا في شكل عطل وضرر.

على أن بعض المسائل المهمة ما تزال موضوع حلول غامضة.

إن الاجتهاد متناقض في ما يتعلق بالطابع المستر للعيب. ففي حين أن الغرفة المدنية الثالثة حكمت في عام 1975 بأن علم مكتسب الملكية الثاني بالعيب كان بلا تأثير، فالمهم فقط جهله من قبل البائع الوسيط⁽³⁾، أخذت الغرفة التجارية منذ وقت أقرب بأن معرفة البائع الوسيط بالعيب كان بلا تأثير في ممارسة الدعوى⁽⁴⁾. وهذا الحل الأخير يناقض أساس الدعوى المباشرة للضمان المستخرج من مفهوم التابع، عندما يكون مكتسب الملكية الثاني حائز حق يستطيع حتى سلفه الإفادة منه، وعليه ينبغي تقدير العلم بالعيب في شخص مكتسب الملكية الثاني. غير أنه متوافق مع منطق الدعوى المباشرة التي تميز ممارسة حق خاص لصالح هؤلاء الحائزين⁽⁵⁾ والغموض ذاته موجود في صدد الدفوع المحتج بها ضد مكتسب الملكية الثاني.

لا شك في أن الغرفة المدنية الثالثة حكمت بأن موزدي المواد بإمكانهم الاحتجاج في وجه صاحب العمل المستقل الذي يمارس دعوى طبيعتها عقدية (تجاههم) بجميع وسائل الدفاع التي بإمكانهم ممارستها ضد شريكهم في التعاقد⁽⁶⁾. والحل متوافق مع موقف محكمة

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى، 6 تموز 1988، النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 161.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 45، صفحة 130 مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة، 3684 I:G، صفحة 274 وصفحة 275، ملاحظة J. CHESTIN.

(3) 28 تشرين الأول 1975، النشرة المدنية، III، رقم 311، صفحة 235.

(4) 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 250، صفحة 186.

(5) انظر الرقم 813 اللاحق.

(6) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 أيار 1992، النشرة المدنية، III، رقم 176، صفحة 107 - 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 6.

النقض التي تأخذ بأن الدعوى التي يقيمها مكتسب الملكية الثاني أو صاحب العمل المستقل هي بالضبط دعوى سلفه⁽¹⁾. بيد أن هذا المبدأ يتعذر تطبيقه في المجالات ججأ. ففي حين أن الغرفة المدنية الثالثة ذاتها استنتجت منه منطقياً أن صاحب العمل المستقل، لأنه يمارس دعوى مباشرة عقدية ضد الصانع، يمكن أن يرى نفسه قد جرى الاحتجاج في وجهه بيند تحديدي للضمان⁽²⁾ أو بيند صلاحية من قبل الصانع⁽³⁾، أحادت الغرفة المدنية الأولى بأن البند التحكيمي المدخل في العقد الأصلي لا يحتج به في وجه مكتسب الملكية الثاني «لعدم الانتقال، العقدي»⁽⁴⁾. وهذا الحل الأخير يمكن أن يسوّغ بخاصية البند التحكيمي واستقلاليته داخل العقد واضحة بصورة خاصة، ويمكن أن يجسد أيضاً بروز تفرق بين البنود المرتبطة مباشرة بالضمان الذي يفيد منه مكتسب الملكية الثاني والقابلة للاحتجاج بها والبنود غير المرتبطة به بصورة جميمة. وهذا التفرق وربما الحاذق بسبب الكل الذي يشكله العقد، يدفع، في حال من الأحوال، تأكيداً جديداً للطابع الخاص للدعوى أنه ينبع أيضاً لتحديد خط تقاسم بين الدفوع المحتج بها وتلك غير المحتج بها.

795 - مبدأ غامض.

أدانت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها، إذ بينت، بتعابير عامة واستناداً إلى المادة 1165 من القانون المدني وحدها، أن «ليس للاتفاقيات مفقولة إلا بين الفرقاء المتعاقدين»⁽⁵⁾، بلا جدال اجتهد الغرفة المدنية الأولى المبتثق عن حكمي 8 آذار و 21 حزيران 1988⁽⁶⁾.

بيد أنه من اليقيني اليوم التمسك بالاجتهاد الذي يبنى مفهوم التابع على نقل دعوى الضمان أو عن المسؤولية العقدية من القانون العام طالما أنها مستخرجة من مطابقة الشيء أو أنها تكون واردة في مادة البناء⁽⁸⁾. وبالفعل يتيح الرباط القانوني الذي ينشئ مفهوم التابع بين المدين الفرعي والمدين الوسيط الإحاطة، حسب الطريقة ذاتها التي كانت طريقة مؤلفي القرن

(1) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى، 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 45، صفحة 30؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة I، G، 3684، صفحة 274 وصفيحة 275، ملاحظة J. GHESTIN.

(2) 26 أيار 1992 المذكور سابقاً.

(3) 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 251، صفحة 146؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة I، G، 3520، ملاحظة Ch. JAMIN. وكذلك حكم محكمة استئناف باريس، 20 حزيران 1967، Dalloz 1968، صفحة 80 من التقرير.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى، 6 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، I، رقم 230، صفحة 165 - وكذلك. حكم الغرفة المدنية الأولى، 6 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، I، رقم 230، صفحة 165 - وكذلك. 19 وما يليها.

(5) المذكورين سابقاً.

(6) انظر الرقم 746 السابق.

الناشر عشر⁽¹⁾، بفساوة المادة 1165 من القانون المدني.

على أن اللجوء إلى مفهوم التاسع يمكن انتفاده⁽²⁾. مع أن الفقه كان منقسماً، فإن بعض المؤلفين توصل إلى التفكير في أن هذا الاجتهاد يسهل التخلي عن إلا أن قضاء المجموعات الأوروبية أوجب بالنفي على السؤال الذي طرحته عليه محكمة النقض في صدد تطبيق المادة 5 - 1 من اتفاقية بروكسل مشيراً إلى قاعلة اختصاص خاصة في المادة العقدية للنزاع الذي يواجه مكتب الملكية الثاني بالضايع بسبب غيوب الشيء أو عدم ملائمة للاستعمال المعدل. وقد استنتجت المحكمة، بعد أن بينت، في التقليد الأكثر إرادية وتحرراً، «إن مفهوم «المادة العقدية»، بمعنى المادة 45، النقطة 1، من الاتفاقية، لا يمكن فهمه بأن يستهدف وحداً لا يوجد فيه أي عهد مضطلع به تجربة من فريق تجاه آخر»، من ذلك أنه «ليس لمة أي رباط عقدي بين مكتب الملكية الثاني والضايع»⁽³⁾، للحكم بأن المادة 5 - 1 من الاتفاقية لا تطبق على النزاع بين مكتب الملكية الثاني والضايع.

إن حلاً كهذا كان من المفروض أن يحد محكمة النقض على تعديل اجتهادها لكي يؤيد منذ ذلك الحين الطبيعة التفسيرية للدعوى التي يمارسها مكتب الملكية الثاني⁽⁴⁾. ولهذا الحل فائدة مزدوجة، إذ إن من شأنه أن يضع نهاية للمؤوض المتعلق بأساس نظام الدعوى المباشرة⁽⁵⁾، وتأمين وحدة القانون المادي الداخلي وقواعد الاختصاص القضائي المستمدة من اتفاقية بروكسل. وهذه الوحدة تجنب وصف دعوى مكتب الملكية الثاني «بالتفسيرية» بمعنى الاتفاقية، ثم «بالعقدية» من قبل القضاء الفرنسي المختص احتمالاً. ولكن ذلك هو غير الحل الذي اعتمدته الغرفة المدنية الأولى التي انحنت، في 27 كانون الثاني 1993⁽⁶⁾، أمام سلطان محكمة العدل في مادة الاختصاص. بيد أنها حكمت، في اليوم نفسه، في القانون المادي الداخلي، بأن «دعوى القسح لعيب خفي التي يمارسها مكتب الملكية هي دعوى سلطنة»⁽⁷⁾، مؤكدة هكذا الطابع العقدي للدعوى التي مارسها،

(1) انظر الرقم 720 السابق.

(2) انظر الرقم 747 السابق. وكذلك Dalloz, Ch. JAMIN, Une restauration de l'effet relatif des contrat 1991, صفحة 27 من العرض ولا سيما رقم 6.

(3) محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 17 حزيران 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة II, O, 21827, تعليق Ch. LARROUMET, مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة E, 3, 380, تعليق P. JOURDAIN, مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة I, G, 3864, رقم 3, ملاحظة G. VINET, الاسبوي 1993, صفحة 214 من المرجز، ملاحظة J. KULLMANN, جريدة القانون الدولي، 1993، صفحة 469، ملاحظة J.-M. BISCHOFF, المجلة الناقدة للقانون الدولي الخاص، 1992، صفحة 728، ملاحظة H. GAUDEMET - TALLON.

(4) انظر في هذا الاتجاه G. VINET و Y. LEBQUETTE, التعليق السابقين.

(5) انظر الرقم 747 و 794 السابقين.

(6) النشرة المدنية، I, رقم 34، صفحة 22، المجلة الناقدة للقانون الدولي الخاص، 1993، صفحة 485، تعليق H. GAUDEMET - TALLON.

(7) النشرة المدنية، I, رقم 45، صفحة 30.

في القضية المعنية، مكتسب الملكية الثاني.

(2) دعوى صاحب العمل المستقل المباشرة ضد صانعي المواد والمكونات.

796 - حكمت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها، خارج النظام القانوني موضوع قانون 4 كانون الثاني 1978⁽¹⁾، إذ بتت بنزاع بين الغرفتين المدنيتين الأولى والثالثة، في عام 1986، بأن «صاحب العمل المستقل، كما مكتسب الملكية الثاني، يتمتع بجميع الحقوق والدعوى المرتبطة بالشيء والعائلة لسلفه؛ وهو يحوز بالتالي ضد الصانع دعوى عقدية مباشرة مبنية على عدم مطابقة الشيء للمسلم»⁽²⁾.

إن مجالها الذي يمتد إلى ضمان نزع اليد والعيوب الخفية⁽³⁾ محدود مع ذلك بالأوضاع وحدها التي يتبع فيها عقد المقارلة عقد بيع، ذلك بأن اللجوء إلى مفهوم التابع في هذه الفرضية فقط هو موثر⁽⁴⁾. وفي الأوضاع الأخرى، وعلى وجه الخصوص عندما يكون المدعى عليه مقاولاً من الباطن، يمنع حكم الهيئة العامة بكامل أعضائها قبول ممارسة دعوى المسؤولية العقدية⁽⁵⁾.

يعود إذاً، تحت طائلة النقض، إلى قضاء الأساس تحديد صفة المقاول من الباطن والصانع للمدعى عليه لتحديد نظام الدعوى التي يمارسها حائزها⁽⁶⁾.

(1) انظر الرقم 801 اللاحق.

(2) 7 شباط 1986، Dalloz 1986، صفحة 293، تعليق A. BÉNABENT، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة G، II، 20616، ملاحظة Ph. MALINVAUD، مجلة قصر العدل، 1986، 2، صفحة، 643، تعليق J.-M. BERLY، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 384، ملاحظة J. HUET، صفحة 594، ملاحظة J. MESTRE، صفحة 606، ملاحظة Ph. RÉMY، Dalloz 1987، صفحة 185 من الموجز، ملاحظة H. GROUDEL. انظر في الاتجاه عتبه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 حزيران 1983، النشرة المدنية، III، رقم 226، صفحة 157 - 28 تشرين الأول 1991، المذكور سابقاً - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 6.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 أيار 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، الطبعة G، II، 20387، ملاحظة Ph. MALINVAUD، Dalloz 1985، صفحة 213، تعليق A. BÉNABENT، مجلة قصر العدل، 1985، 2، صفحة 437، تعليق H. SOULEAU، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 408، ملاحظة Ph. RÉMY، صفحة 588، ملاحظة S. HUET.

(4) ينبغي أن يطبق اجتهاد الهيئة العامة بكامل أعضائها منطقياً أيضاً على الأشخاص الذين يكتسبون ملكية الشيء للعائلة لصاحب العمل المستقل عندما يستطعمون هم أيضاً الإفادة من مفهوم التابع.

(5) انظر F. JOURDAIN، Des résistances et des limites à la jurisprudence sur les responsabilités contractuelles directes dans les groupes de contrats، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 287 وما يليها، رقم 1، الذي يحلل مختلف أحكام الغرفة المدنية الثالثة التي ترفض اعتماد اجتهاد الهيئة العامة خارج مجاله الضيق.

(6) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية، III، رقم 299، صفحة 184.

إن دعوى صاحب العمل المستقل، المبينة على مبدأ الدعوى المباشرة للضمان والمسؤولية ذاته في مجال المبيعات المتعاقبة، يجب أن تتبع نظامها، وهي، فضلاً عن ذلك، خاضعة للمعرض عنه⁽¹⁾.

3) الدعوى المباشرة للمستفيد من الائتمان ضد المورد

797 - استثناء الحق في الاستهلاك.

لا يقبل الاجتهاد تقليدياً وجود أي رباط قانوني بين عقد البيع وعقد الائتمان (أو الاعتماد)⁽²⁾. وقد رجعت محكمة النقض عن هذا التحليل في المجال الخاص بالائتمان للاستهلاك، استناداً إلى المادة 9، الفقرة 2، من قانون 10 كانون الثاني 1978 التي تنص على أن عقد الائتمان «يفسخ أو يبطل بقوة القانون عندما يكون العقد الذي أبرم لأجله هو نفسه مفسوخ أو مبطل»⁽³⁾.

كان أحد المستهلكين، في القضية المعنية، قد أبرم عقد إيجار سفينة نزهة لمدة سبع سنوات مقترناً بوعده بالبيع مع شركة بيع في صورة إيجار. وكانت هذه الشركة قد اكتسبت ملكية السفينة لدى أحد البائعين. وادعى المستهلك ضد البائع لفسخ البيع لأن السفينة تبينت عدم أهليتها للملاحة عن طريق الخبرة، وضد شريكه في التعاقد لفسخ عقد البيع في صورة إيجار استناداً إلى المادة 9 من قانون 10 كانون الثاني 1978، فاحتج هذا الشريك في وجهه بنصوص عقدهما الذي ورد فيه أن الضمانات التقية المتعلقة بالسفينة قد سلمت إليه باستثناء إلغاء البيع. وبينت محكمة النقض التي أيدت حكم قضاة الأساس⁽⁴⁾، من جهة أولى أن النص التشريعي كرس ترابط عقود البيع والائتمان لتستتبع، وجود «دعوى مباشرة لفسخ البيع» لصالح المقرض، مع مراعاة تدخل المقرض في القضية أو اختصامه (المادة 9، الفقرة 3)، ومن وجهة ثانية أن طابع الانتظام العام للقانون يمنع هذا المقرض من الاحتجاج ضد المقرض بأحكام العقد الذي يربطهما.

ويبدو هذا الطابع بوضوح خاص بقلم السيد Mestre⁽⁵⁾ فيما أن القانون يكرس ترابط

(1) انظر الرقم 794 السابق.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1974، النشرة المدنية، I، رقم 1311، صفحة 287، مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، الطبعة II، G، 18109، ملاحظة - J. CALAIS AULOY.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض. 11 شباط 1986، النشرة المدنية، رقم 27، صفحة 123، 1986 Dalloz، صفحة 541، تعليق B. GROSS، المسجلة الفصلي للقانون المدني، 1987، صفحة 100، رقم 6، ملاحظة J. MESTRE.

(4) حكم محكمة استئناف باريس، 14 تشرين الأول 1983، مجلة قصر العدل، 1984، صفحة 105، تعليق R. M. BEY.

(5) التعليق المذكور آنفاً، صفحة 101 وصفحة 102. ويعترف المؤلف بالطابع التاجم عن مبادرة متفلة لهذه الدعوى المباشرة الجديدة، مع أنه عارض فيما بعد وصفها استناداً إلى تحليل السيد Cozian.

عقدي البيع والاتقان، فمن المنطقي، كما بين المؤلف، أن يمكن المستأجر من أن يتأصي مباشرة لفسخ عقد البيع رغماً عن أي بند. مخالف «إذا» مما أن يتمكن المقترض من أن يكون في هذه الحالة في حِلٍّ من العقد فعلياً.

798 - غياب الدعوى المباشرة في عادة البيع المهني في صورة إيجار.

رفضت محكمة النقض، خارج المجال المحدد في قانون 10 كانون الثاني 1978 ورغماً عن حث بعض الفقه⁽¹⁾، إعطاء المستأجر المقترض حق المقاضاة لفسخ عقد 'بيع'⁽²⁾، إلا أن يكون عقد البيع في صورة إيجار قد نقل إليه الضمانات التي تحوزها شركة البيع في صورة إيجار⁽³⁾.

ونادراً ما يتيح التطور الاجتهادي الحديث تفحص تغيير في التحليل. والأحكام التي قبلت ممارسة دعوى مباشرة داخل «سلاسل متنافرة من العقود» والتي يمكن الاعتقاد أن الحلول التي اعتمدها سيحافظ عليها رغماً عن حكم الهيئة العامة بكامل أعضائها في 12 تموز 1991⁽⁴⁾ ليست مطبقة بداية في مجال البيع في صورة إيجار لأنها تفرض بالفعل أن يمنع حائز الدعوى بملكية الشيء ذي الضمان التابع⁽⁵⁾. ولا يغدو المستأجر المقترض، في ما يتعلق بالبيع في صورة إيجار، مالك الشيء بالضرورة؛ ولا تكون الممارسة الاحتسابية للدعوى المباشرة مقبولة إلا بشرط أن يكون مالكا⁽⁶⁾.

ويمكن إنشاء الأسف على حالة القانون الوضعي هذه، ذلك بأن المعايير التي تتيح الاعتراف بوجود دعوى مباشرة مجتمعة هنا بلا جدال: النقل المتبادل للقيمة بين المستأجر المقترض والمؤد وتلازم علاقتهما القانونية⁽⁷⁾. فهل يؤمل انتظار نص غير دقيق لتجاوز قساة المادة 1165؟

(1) M. HARICHAUX - RAMU, Le transfert des garanties dans le crédit-bail mobilier للقانون التجاري، 1978، رقم 30، صفحة 252 وما يليها.

(2) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 حزيران 1973، النشرة المدنية، IV، رقم 220، صفحة 198 - 26 كانون الثاني 1977، النشرة المدنية، IV، رقم 28، صفحة 25 - أول كانون الأول 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 397، صفحة 319 - 8 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 299، صفحة 261.

(3) انظر عدا الأحكام المذكورة، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 3 كانون الثاني 1971، بصفتها الاجتهادات الدوري، الطبعة II، G، 17300، ملاحظة J.M. LÉLOUP.

(4) المذكور سابقاً.

(5) انظر حكم الهيئة العامة بكامل أعضائها، 7 شباط 1986، المذكور سابقاً.

(6) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 206، صفحة 148، في الفرضية، التي يستعمل المستأجر المفترض فيها حق الخيار فيغدو مالكاها.

(7) قارن به J. RAVANAS, De l'interdépendance dans l'exécution des contrats, in Le droit du crédit ou au consommateur، بإدارة J. FADLALLA، منشورات Litec، 1982، ولا سيما رقم 57، صفحة 453.

ب. التأكيدات القانونية

799 - إذا كان بعض الدعاوى المباشرة، من جهة نظر شكلية، مبنياً على نص قانوني، فإن هذا النص ليس مما لا غنى عنه عندما يأتي لتأكيد حل ناتج عن مبادرة ستافان.

١٠ القانون الثاني

800 - مسؤولية بائع عقار للبناء.

بمقتضى المادة 1646 - 1 من القانون المدني، يستفيد «مالكو العقار المتعاقبون» من الضمانات الموسوعة على «بائع العقار للبناء» وبإمكانهم أن يقاضون مباشرة. وفي ما يتعلق بالمبيعات المتعاقبة يمكن أن يسوغ الحل بفهمه التابع⁽¹⁾.

801 - مسؤولية الباني

وضعت المادة 1792 من القانون المدني نظاماً جديداً للضمان على عاتق «كل باني» يستفيد منه «صاحب العمل المستقل» أو «مكسي ملكية العمل المستقل». ولم يرَ المشتري هنا وجود تحديد أن هذا النظام يستفيد منه جميع مكسي ملكية العمل المستقل المتعاقبين طالما أن ذلك سلم به⁽²⁾.

وفي حين أن الغرفة المدنية الثالثة رفضت إفادة مكسيب العمل المستقل من دعوى مباشرة طالما أن شروط تطبيق المادة 1792 ليست مجتمعة⁽³⁾، عادت، في 26 أيار 1992⁽⁴⁾، عن هذا الاجتهاد الحاصر. فبعد أن أخذت، في تعابير عامة، بأن «مكسيب الملكية الثاني يتمتع بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء الذي يعود إلى سلفه ويحوز، ضد مؤجري العمل المستقل، دعوى عقدية مبنية على التقصير في موجباتهم تجاه صاحب العمل المستقل»، منحت وكيل الشركاء في الملكية دعوى مباشرة للمسؤولية العقدية ضد مؤجري الأعمال المستقلة، في حين أن تطبيق المادتين 1792 و2270 من القانون المدني كان مستبعداً.

(1) انظر الرقم 793 السابق وما يليه.

(2) انظر تقرير السيد RICHOMMB، الجريدة الرسمية للجمعية العامة، 1977، رقم 3368، صفحة 10، الذي بين أنه «يمكن الأخذ، مع أن ذلك ليس محدداً بدقة، بأن الاجتهاد المستقر الذي يربط الضمان القانوني بحق الملكية مسلماً به: تتبع الدعوى العقارية أي بد انتقل إليها وهي قيد بالتالي المالكين المتعاقبين».

(3) 26 تشرين الأول 1989، وقد استشهد بذلك P. JOURDAIN في المجلد الفصلية للقانون المدني، 1990، رقم 1.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 168 صفحة 102.

(2) المسؤولية الناشئة عن الأشياء

802 - يفرق المشروع التمهيدي للإصلاح في 7 تموز 1987 المتعلق بالمسؤولية الناشئة عن المنتجات المشوبة بالمعيب والمتخذ تطبيقاً لتوجيه المجموعات الأوروبية 53 تموز 1985⁽¹⁾ بين عيوب الأمن ومطابقة المنتجات⁽²⁾. وفي حين أن المسؤولية المعمول بها بالنسبة إلى مطابقة المنتجات لا تفرق حسبها تكون الضحية مرتبطة عقدياً بالمنتج أو المورد المهني أم لا (المادة 1387 - 19)، فإن «المسؤولية العقدية عن عدم مطابقة المنتجات» يستهدفها وحدها القسم الثاني من المشروع التمهيدي. وهذا التقييد ملطف مع ذلك بالمادة 1385 - 17 التي تنص على «أن المدعي بإمكانه أن يمارس مباشرة ضد المنتج أو أي من الموردين المتعاقبين الحقوق والدعاوى التي يحرزها استناداً إلى القسمين 1 و2، ويمكن أن تمارس هذه الدعوى، العقدية بالضرورة، أيّاً كانت العقود موضوع التنفيذ التي جرى تقديم المنتجات بالإستناد إليها».

كان هدف هذا النص، في ذهن واضعيه، «إعطاء أساس تشريعي لاجتهاد محكمة النقض التقليدي وليس التجديده»⁽³⁾. وهو لا يشكل التأكيد إذناً، مع أنه يمهّد خارج المجال الذي يجري فيه نقل الملكية الذي يبدو أنه الوحيد الذي تمتد فيه دعوى مباشرة للمسؤولية في غياب نص خاص⁽⁴⁾.

بيد أن القسم الثاني من المشروع التمهيدي المتعلق بعدم مطابقة المنتجات جرى مع الأسف، خلال مناقشة مشروع القانون الحكومي، حذفه. مما أدى إلى خسارة مناسبة وضع نهاية للصعوبات التي تشهد عليها التحولات الحديثة لاجتهاد الغرفة المدنية الأولى والغرفة التجارية في محكمة النقض⁽⁵⁾.

الفقرة 2 - أنماط الإيفاء المختصرة

803 - الدعاوى المباشرة المقتبة عن التقية أكثر مما هي مقتبة عن زوجها يجب على الأقل أن تكون موضوع تفسير حصري. وإذا كان بعضها يفسر بشكل أعمى بالتقليد التاريخي، فإن بعضها الآخر الأحداث يتطلب نصاً تشريعياً خاصاً.

(1) Y. MARKOVITS, La directive C.E.E du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits

défectueux, منشورات L.G.D.J, 1990, مقدمة J. GHESTIN.

(2) J. GHESTIN et B. DESCHÉ, المرجع عنه، رقم 827 وما يليه.

(3) J. GHESTIN, L'avant projet de loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux: une refonte

partielle du Code civil, مجلة الاجتهاد التجاري، 1988، صفحة 210.

(4) انظر الرقم 795 السابق.

(5) انظر اجتهاد القانون، F. GRÉGOIRE, Vices cachés et «non-conformités» de la chose vendue

الإداري، 1993، صفحة 751 وما يليها - F. APOLLIS, Obligations de délivrance et garantie des vices

cachés, مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1994، صفحة 489 وما يليها.

1 - التقليد التاريخي

804 - إن دعاوى كهذه مذكورة عقب الدراسة التاريخية للدعوى المباشرة⁽¹⁾ لن يتم تحليلها إلا في مظاهرها في القانون الوضعي.

805 - دعوى استبعاد المصاريف.

منشأ دعوى استبعاد المصاريف مبادرة مستقلة تعود إلى القانون القديم وكان تسويتها بالتقليد القضائي لحماية المتقاضين المحتاجين⁽²⁾. وقد نظمتها اليوم المادة 699 من مدونة الإجراء المدني الجديدة (المادة 133 القديمة) لصالح المحامين والوكلاء.

إنها تتيح للمحامين والوكلاء، وهي مقبولة فقط في حالة كون وظيفتهم إلزامية⁽³⁾ إذا طلبوا ذلك، تحصيل دفع المصاريف التي سلفوها مباشرة للفرق الخاسر. ومن يستفيدون منها يتخلصون من نتائج إحصار زيونهم بدون أن يمنعهم ذلك من المقاضاة لإيقاء النفقات ضد هذا الزيون⁽⁴⁾. وهكذا تقوم دعوى استبعاد المصاريف بدور ضمان الإيقاء.

806 - إخطار الغير الحائز.

بمقتضى المادة L.263 من كتاب الإجراءات الضريبية التي استعادت المادة 1922 من القانون العام للضرائب مفعول إخطار الغير أن تخصص، منذ الاستيفاء، المبالغ التي تم طلبها على هذا النحو لدفع الضرائب المفروضة والمتمتع بامتياز، الخ⁽⁵⁾. ويتيح إخطار الغير الحائز للمخزينة الحصول على استيفاء الضرائب المتمتع بامتياز مباشرة من مدين المدين المكلف بالضريبة⁽⁶⁾.

(1) انظر الرقم 815 اللاحق.

(2) انظر الرقم 719 السابق. لم يكن الإنصاف وحده ليسوغ منح سوى امتياز واحد. بيد أن الاعتبارات المذكورة على وجه الخصوص بالمعالة والمنفعة العامة لصالح الفقراء كانت تسوغ دائماً في ظل القانون القديم قبول دعوى مباشرة لم يتم وضع القانون المدني إلا بإلجائها. ويمكن التنازل اليوم حول قيمة اعتبارات كهذه، وبصورة خاصة مع انتشار المونة القضائية.

(3) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1955، Dalloz 1956، صفحة 41 - 21 تشرين الثاني 1979، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة IV، G، 46 - 20 أيار 1985، النشرة المدنية، V، رقم 298، صفحة 212، مجلة قصر العدل، 1985، باتروما، 359، ملاحظة H. CROZE et C. MOREL - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 نيسان 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 246، صفحة 208 - 25 نيسان 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 134، صفحة 89 - 5 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 97، صفحة 67.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة، في محكمة النقض، 14 شباط 1980، النشرة المدنية، II، رقم 34، صفحة 20 - مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، الطبعة II، G، 21675، ملاحظة E. DU RUSQUEC.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 251، صفحة 178، حول ضرورة توجيه إكراء إلى المدين بالضريبة لجعل إخطار الغير الحائز محتجاً به.

وإخطار الغير الحائز، المفروض في الأساس لصالح التكاليف، المباشرة، جرى امتداده تدريجياً إلى الرسوم على رقم المبيعات (المادة 1926 من القانون انعام للضرائب) وإلى الرسوم الجمركية (المادة 387 مكررة من قانون الجمارك)، ويمكن تطبيقه في شأن تحصيل جميع الرسوم التي تستفيد من أحد الامتيازات العامة للخزينة وكذلك بالنسبة إلى غرامات، مطرح الضريبة وتحصيلها المطبقة عليهما⁽¹⁾.

وقد استنتجت محكمة النقض، لأن المادة L.263 تنظم تجميد الدين المخصص لاستيفاء الضريبة⁽²⁾، تقليدياً وجود دعوى مباشرة لصالح الخزينة⁽³⁾.

وكانت محكمة النقض، قبل إصلاح الإجراءات المدنية للتنفيذ، قد حكمت بأن إخطار الغير الحائز يشكل معادل حكم صحة الحجز لدى الغير الذي اكتسب حجية الشيء المحكوم فيه⁽⁴⁾، مع التحفظ لجهة أن الإخطار كان نهائياً⁽⁵⁾، ويكون بالفعل كذلك عندما تنتهي مهلة الاعتراض التي رفعتها إلى شهرين المادة R.4-281 من كتاب الإجراءات الضريبية. ويتبع عن ذلك أن اللين المنتع بامتياز كان مجمداً منذ تلقي الإخطار (المادة L.263)، ولكنه لم ينتقل

(1) المادة 8-II من القانون رقم 81 - 1179، تاريخ 31 كانون الأول 1981. وكذلك تحقق المحكمة الابتدائية، 2 تموز 1982، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، الطبعة، C.I.، 7413 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 328، صفحة 226، الذي أخذ بأن دينا لا يشترع بامتياز لا يمكن تحصيله عن طريق إخطار الغير الحائز.

(2) مفقود إخطار الغير الحائز تخصيص المبالغ التي طلب تسديدها، منذ استيفائها، لإفاء الضرائب المنتفعة بامتياز.

(3) عارض أحد المؤلفين وصف الدعوى المباشرة المطعى لإخطار الغير الحائز بحجة أن هذا الإخطار لا يعطي الخزينة (في الأصل، أي حق مباشر على ديون المكلّف...)، فالخزينة لا تكتسب حقاً إلا بممارسة دعواها «في الأصل» Ancel, Les incidences de la réforme des procédures d'exécution sur l'avis à Gère, Le point affiché, 6 كانون الثاني 1993، ولا سيما صفحة 37، رقم 3. وهذه الملاحظة التي لا تمنع وصف الدعوى المباشرة لإخطار الغير الحائز تبرهن فقط على أن هذا الإخطار يشكل دعوى مباشرة غير تامة. فالمادة L.263 من قانون الإجراءات الضريبية التي تنص على أن المبالغ المطلوبة مخصصة لإفاء الضريبة فقط في أونة تلقي الإخطار تشكل إثبات ذلك. وواقع كون إخطار الغير الحائز لا يترفع باعتبارات خاصة بقانون الموجبات (انظر الرقم 768 السابق وما يليه) هو الذي يجب أن يفرض مسائلته بنسق إفاء مختصر.

(4) حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1959، النشرة المدنية II، رقم 814، حفة 351 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 20 حزيران 1980، Dalloz 1980، صفحة 511، تعليق A. HONORAT - 22 تموز 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 178، صفحة 152.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 أيار 1981، Dalloz 1981، صفحة 425، تعليق A. HONORAT - مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة II، G، 19683، تعليق B. SOINNE - 22 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية IV، رقم 318، Dalloz 1984، صفحة 132 من التقرير، ملاحقة A. HONORAT - 15 أيار 1984، Dalloz 1984، صفحة 301 من التقرير، ملاحظة A. HONORAT - 2 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 224، صفحة 155 - 19 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 107، صفحة 75.

إلى الخزينة إلا بانقضاء هذه المهلة⁽¹⁾.

إن قانون 9 تموز 1991 ومرسوم 31 تموز 1992 لم يعدلا إجراء إخطار الغير الحائز بل عدلا فعاليتها⁽²⁾. ويتيح حجز التخصيص الحالي لعمل الحجز أن يؤدي، وفقاً للمادة 42 من القانون، إلى «تخصيص فوري لمبالغ حاجز الدين المحجوز الجاهز بين يدي الغير». والخزينة، باستثناء حجز المكافآت التي يحتفظ بإخطار الغير الحائز بالنسبة إليها بسعته⁽³⁾، تشترك إذاً مع الدائنين الآخرين الحاجزين: الأسرع بينهم بخصص له مبلغ دينه. وأكثر من ذلك كان يمكن أن يلحق الإجحاف بالخزينة بالنسبة إلى الدائنين الآخرين عندما كان الاجتهاد يأخذ بأن إخطار الغير الحائز لم يكن ينتج أي مفعول ناقل إلا ابتداء من مهلة الاعتراض لشهرين. وقد عدل مرسوم 27 آب 1992 نص المادة L.263 كي يحوز الإخطار أيضاً مفعولاً ناتجاً⁽⁴⁾.

وإخطار الغير الحائز، رغماً عن كونه عادياً، إوالية فعاليتها أكيدة. إنها مبنية «على ضرورة المنفعة العامة بتأمين دخل سريع للخزينة من الضرائب»⁽⁵⁾، ولكنها لا تتوافق مع روح الإنصاف للدعوى المباشرة. وينبغي أن تفسر النصوص التي من المفترض إقامتها حصرياً.

807 - دعوى الخزينة المباشرة ضد الوديعين العموميين للأموال العامة.

تجيز المادة L.265 من كتاب الإجراءات الضريبية، في ما يتعلق بالضرائب المباشرة المتمتع بالامتياز، للحراس القضائيين، وللوديعين العموميين للأموال العمومية، طالما هم مجبرون على ممارسة وظائفهم، «أن يدفعوا مباشرة الضرائب المفروضة والمستحقة قبل اللجوء إلى تسليم الأموال التي يحتفظون بها».

ويتعذر الكلام، إلا في النادر، على دعوى مباشرة إذ تعطي المادة L.265 مجرد إمكانية (بقاء على عاقق الوديعين والحراس القضائيين بدون أن تمتع حقاً للخزينة. وهذا ما يجب على الأقل استنتاجه من تفسير حصري بالضرورة للنص).

808 - الدعاوى المباشرة للمستشفيات وللماوي ضد مديني المرضى المعالجين.

تتيح المادة 708 من قانون الصحة العامة للمستشفيات والماوي ممارسة مراجعتها ضد

(1) انظر في المقام الأول حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 أيار 1984، المذكور أعفاً.

(2) انظر بالنسبة إلى تمثيل عام P. ANCEL، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 36 وما يليها.

(3) تنظم هذه المنفعة المادة L.1-145 وما يليها من قانون العمل. وتنص المادة 145 أ 7 على أن «الديون، في حالة تعدد المحجوزات، تشترك مع مراعاة الأسباب المشروعة للأفضلية». والدائنون الجاهزون هنا تتغلب عليهم الخزينة بسبب المفعول الناقل للإخطار.

(4) المادة L.263، الفقرة 2: يتضمن مفعول التخصيص الفوري المنصوص عليه في المادة 43 من القانون: تتم 91 - 690 تاريخ 9 تموز 1991.

(5) انظر L. COZIAN، L'avis à tiers détenteur en matière de privilège du Trésor للمجلة القضائية للقانون التجاري، 1967، صفحة 61 وما يليها، رقم 48.

الأشخاص المعالجين وكذلك ضد مدينهم العاديين أو الذين تستوجب الثقة لهم.
ومع أن هذا النص لا يمنحها دعوى مباشرة، فإن الاجتهاد أعطاها الإفادة منه⁽¹⁾.

والنقل التاريخي يمكن أن يسوّغ هنا أيضاً منحتها. وبالفعل تستعيد المادة L. 708، لكي توسع حقل تطبيقها، المادة 5 من قانون 7 - 13 آب 1851⁽²⁾. كانت المستشفيات والمأوى في تلك الحقبة مخصصة للأشخاص المحتاجين، ويمكن التفكير في أن منح دعوى مباشرة كان هدفه تلطيف غياب نظام تأمين اجتماعي بتعزيز التضامن العائلي⁽³⁾.

غير أن نظامها نادراً ما كان صريحاً إلى درجة أنه حث محكمة النقض على اقتراح تعديل للمادة L.708⁽⁴⁾.

II - الاقتباس للنقني

809 - إن دعاوى كهذه متحدرة من قوانين حديثة نسبياً مقتبسة عن (إالية الدعوى المباشرة بدون أن تتوافق مع تسويتها. وإذا كانت مقبولة مع ذلك فبسبب التخلي عن دراستها لصالح تحديد الأساس القانوني للدعوى وحسب⁽⁶⁾.

810 - دعوى المستشفيات ضد هيئات الضمان الاجتماعي.

تنص المادة L.288 من قانون الضمان الاجتماعي (المادة 25 من الأمر الاشتراعي بتاريخ 19 تشرين الأول 1945) على أن «حصة (تأمين المرض) تضمنها الصناديق وتسدد للمضمون. بيد أنه يمكن تسديدها مباشرة للمؤسسة التي جرت العناية فيها. ولا يمكن، في أي حال، أن تتجاوز مبلغ النفقات المطالب بها».

وكانت لمحكمة النقض، في صدد المسألة المتعلقة بتقادم الدعوى (مرور الزمن عليها)، مناسبة للحكم على طبيعتها القانونية. وقد رفضت الغرفة المدنية الثانية، في زمن أول، أن تطبق على المؤسسة الاستشفائية التقادم لسنتين الذي بإمكان هيئة الضمان الاجتماعي الاحتجاج به في وجه الخاضع لهذا الضمان (المادة L.395 من قانون الضمان الاجتماعي) إذ إن المادة L.288 «أنشأت، بدون إقامة حلول (...)، دعوى خاصة، متميزة

(1) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 آذار 1958، مصنف الاجتهادات الدوري، 1958، IV، صفحة 70 - حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 18 كانون الأول 1962، مصنف الاجتهادات الدوري، 1963، IV، صفحة 9 - حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 21 شباط 1963، مصنف الاجتهادات الدوري، 1963، II، 13169، ملاحقة J.A. 1963، Dalloz، صفحة 386.

(2) 1851، Dalloz، IV، صفحة 154.

(3) انظر JAMIN، Ch. الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 56 وما يليه.

(4) انظر تقرير محكمة النقض، 1990، صفحة 26، و 1989، صفحة 244 وما يليها.

(5) انظر الرقم 726 السابق.

من تلك العائدة للمضمون الاجتماعي⁽¹⁾. ثم عادت الغرفة الاجتماعية بعد ذلك عن هذا التحليل ورأت أن دعوى المؤسسة الاستشفائية كانت تتعلق بالحلول⁽²⁾.

ويبدو، مع الأخذ في الحسبان الطابع العراقي للنص، انه ينبغي تفضيل هذا التحليل، إذ لا تتوافق الدعوى الممنوحة للمؤسسة الاستشفائية مع أي تسوية تقليدية للدعوى المباشرة.

811 - الدعوى المباشرة للدائنين بالنفقة.

ينص قانون 2 كانون الثاني 1973، المعدل بقانون 11 تموز 1975 المتعلق بإصلاح الطلاق، صراحة على إجراء ممي إجراء الإيفاء المباشر لصالح الدائنين بالنفقة⁽³⁾.

والعمل بهذا الإجراء خاضع لعدد من الشروط: 1 - لا يمكن أن يكون الدين برسم التحصيل مؤلفاً إلا من مبلغ من العملة، 2 - يجب أن يكون معين المقدار ومستحقاً، 3 - ينبغي أن يكون له طابع نفقة أو، منذ إصلاح الطلاق، من تقديم تعويض⁽⁴⁾، 4 - يقتضي أن يكون موجوداً بين يدي الغير، 5 - يجب أن تكون النفقة قد أعطيت بحكم قضائي أصبح نافذاً، باستثناء النفقة المعطاة خلال دعوى الطلاق التي يكفي فيها أمر قاضي التوفيق، من الضروري أن لا يكون على الأقل ثمة استحقاق لم تتم مراعاته أو أن يكون الإجراء قد وافق المدين عليه.

وعند اجتماع هذه الشروط يكفي، من حيث المبدأ، أن يبلغ المباشر المختص الغير المدين طلب الإيفاء المباشر. وما أن يتلقى الغير هذا التبليغ حتى يصبح الغير ملزماً شخصياً بأن يدفع للدائن مبلغ دين المدين الوسيط تدريجياً كلما أصبح المدين مستحقاً⁽⁵⁾.

وقد حكمت محكمة النقض «بأنه ينتج عن المادتين الأولى والثانية من قانون 2 كانون الثاني 1973 أن الدائن بالنفقة يحوز دعوى مباشرة ضد الغير الجدين بمبالغ معينة المقدار

(1) 24 آذار 1968، النشرة المدنية، II، رقم 232، صفحة 155 - 21 شباط 1962، النشرة المدنية، II، رقم 210، صفحة 147 - 4 آذار 1965، النشرة المدنية، II، رقم 233، صفحة 163.

(2) 13 آذار 1975، النشرة المدنية، V، رقم 150، صفحة 132 - 12 حزيران 1980، النشرة المدنية، V، رقم 528، صفحة 397 - 27 نيسان 1982، النشرة المدنية، V، رقم 265، صفحة 196. قارن بحكم الغرفة التجارية، 17 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 242، صفحة 180، الذي أخذ بأن المادة L 395 لا تطبق على نزاع يتعلق بكيفية تحصيل الدين وليس بوجوده.

(3) انظر MASSIP et F. BARRAIRON, La loi du 2 janvier 1973 relative au paiement direct des pensions alimentaires, M.-J. GEBLER, 30323، البند 30323، صفحة 545 وما يليها - 1980، J. SOULARD, Le recouvrement des pensions alimentaires, مجلة الباشرين، 1973، صفحة 291 وما يليها.

(4) حكم محكمة استئناف باريس، 21 نيسان 1983، 1983، Dalloz 1983، صفحة 73، تعليق J. PRÉVAULT.

(5) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 21 نيسان 1983، المذكور سابقاً - 9 أيار 1980، فهرس Defrénois، 1981، البند 32614، صفحة 526، تعليق J. MASSIP، والإجراء مطبق على الأجل التي تستحق وكذلك على الأجل المتسقة للأشهر الستة الأخيرة السابقة لتبليغ طلب الإيفاء.

ومستحقة ضد الشخص الملزم بدفع النفقة» لتستج من ذلك أن «ادعاء هذا الدائن مقبول ولو كان المدين بالنفقة خاضعاً لإجراء جماعي»⁽¹⁾.

والإجراء، في هذه الحال، المسمى إجراء دفع مباشر للنفقة، ينشئ دعوى مباشرة خبر تامة عندما لا يكون الدين مجمداً بين الغير إلا في أونة تبليغه. وعليه أخذت محكمة النقض بصواب بأن الغير بإمكانه الاحتجاج في وجه الدائن الملاحق بواقع أن المبالغ التي كان مديناً بها، في أونة ممارسة للدعوى، تجاه المدين بالنفقة، جرى التنازل عنها للغير وكانت موضوع حجوزات صحيحة لدى الغير أو موضوع إخطار الغير الحائز⁽²⁾. إن الأمر يتعلق هنا، بالتأكيد، بشرة في القانون؛ غير أن القليل من النزاعات المتعلقة بهذا الإجراء يتيح الافتراض أن معظم الدعاوى المقامة مصيرها النجاح.

812 - دعوى المستلزم المباشرة لتسديد الأعباء المختصة بأرباب المهن.

في حين أن المادة 30 من قانون 5 تموز 1985 وضعت نهاية للجدل المتعلق بالطبيعة القانونية للدعوى التي تمارسها صناديق الضمان الاجتماعي بإعطائها طابعاً حلولياً⁽³⁾، لم يعط هذا الطابع للدعوى التي يمارسها المستخدمون الذين «المقبولين يلاحقوا مباشرة المسؤول عن الأضرار أو مؤتمنه لتسديد أعباء أرباب المهن المتعلقة بالمكافآت المحفوظ بها أو المدفوعة للضحية خلال فترة لاقابلية تصرف هذه الضحية».

رغم الافتراض، في غياب تحديد دقيق وباعتبار أن الطابع الحلولي للدعوى مستبعد بدهاء، أن دعوى المستخدم تقارن بدعوى مباشرة يجب أن تكون لها طابعها.

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 تموز 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 158، صفحة 133؛ Dalloz 1987، صفحة 182، تعليق S. MASSIP.

(2) حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 24 حزيران 1987، Dalloz 1988، صفحة 367، تعليق P. M. C. RONDEAU - RIVIER و ANCEL.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المأكوذة سابقاً، رقم 130 وما يليه.

القسم 3

نظام الدعوى المباشرة العام

813 - النزاع بين حق خاص وحق متفرع (أو مشتق).

من الصعب بديهياً تحديد نظام عام لممارسة الدعوى المباشرة عندما تكون مظاهرها عديدة في القانون الوضعي ونادراً ما يظهر تنوعها مشجعاً التركيب.

إن تحديد المبادئ العامة للممارسة، مع مراعاة تطبيق هذا النظام الخاص أو ذلك، يبدو مع ذلك مأمولاً لمحاولة تجاوز العديد من الثغرات التشريعية. وهو ممكن، فضلاً عن ذلك، لأن بعض الثغرات يظهر أياً كانت الطبيعة الخاصة لمختلف فئات الدعاوى المباشرة، سواء أكانت للإيفاء أو الضمان أو المسؤولية من القانون العام.

ويبدو بالفعل أن الدعاوى المباشرة جميعاً توفّق بين ممارسة حق خاص معطى لحائزيها أو حق متفرع عن علاقة الموجب الذي يوحدتهما بالمدينين الوسطاء ولا سيما الرباط الموجود بين هؤلاء المدينين الوسطاء والمدينين الفرعيين.

وهكذا حكمت محكمة النقض في عام 1931 بأن سقوط الحق الوارد في عقد التأمين كان غير محتج به ضد الضحية ببيان أن المشرع «أنشأ لصالح الشخص المغير بحدوث حقاً خاصاً على التعويض الذي، استناداً إلى عقد التأمين، يلزم به المؤمن تجاه المؤمن (...)⁽¹⁾»، إلا أنها أعطت، في عام 1991، لصالح صاحب العمل المستقل، «دعوى عقدية مباشرة كانت مبنية على عقد البيع المبرم بين هذا الصانع والبائع الوسيط»⁽²⁾.

ويسوس هذا التوفيق مجمل نظام الدعوى المباشرة، حتى ولو كانت ممارسه حق خاص تنزع إلى التغلب على ممارسة حق متفرع عندما تنزع الدعوى المباشرة إلى تكوين نفع لصالح

(1) النقض المدني، 15 حزيران 1931، المجلة العامة للتأمين البري، 1931، صفحة 801، تعليل M. PICARD، 1932، 1، صفحة 169، تعليل P. ESMEIN.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 251، صفحة 148، قارن بحكم الغرفة المدنية الأولى، 4 شباط 1983، النشرة المدنية، 1، رقم 77، صفحة 69.

حائزها وكذلك عندما تنزع إلى إقامة علاقة مباشرة ومستقلة بين هذا الحائز والمدين الفرعي⁽¹⁾.

وهذا التوفيق موجود في دراسة المراحل الثلاث التي تنظم زمنياً نظام الدعوى: الشروط المسبقة والبدء بالعمل والنتائج.

الفقرة 1 - للشروط المسبقة

814 - ينبغي، لبدء العمل بشكل مفيد، أن تتجاوب الدعوى المباشرة مع عدد معين من الشروط المسبقة تعود إلى الأشخاص حائزي الدعوى (وجود دينه وطابعه)، والمدين الوسيط (إمكانية تخلفه عن الحضور) والمدين الفرعي (وجود الدين عليه وطبيعته).

I - بين حائز الدعوى

815 - وجود الدين (له).

من المقبول عموماً، في ما يختص بالدعوى المباشرة للإيفاء، أن حائزها يجب أن يكونوا دائني مدينهم الخاصين. وهكذا تتبع الدعوى المباشرة مصير الدين الذي تضمن إيفاءه عندما تشكل تابعه. وسقوطه يؤدي هكذا إلى سقوط الدعوى المباشرة⁽²⁾.

وهذا النظام لا يتوافق إلا جزئياً مع القانون الوضعي، والاجتهاد يمنح الدعوى التي يمارسها الدائن استقلالية معينة بالنسبة إلى العقد الذي يربطه بمدينه المباشر.

وهكذا حكمت محكمة النقض، في مادة تأمين المسؤولية، بأن تبدأ تحديدياً للمسؤولية التي يمكن للمؤمن أن يحتج به ضد الضحية لا يمكن أن يحتج به المؤمن ما دام أن الضحية تقاضيه مباشرة⁽³⁾.

كما حكمت محكمة النقض بأن الدائن يستطيع إقامة دعوى مباشرة للإيفاء⁽⁴⁾ أو للمسؤولية⁽⁵⁾، في حين أن دينه تجاه المدين الوسيط قد سقط بسبب عدم المطالبة به في العمل المطلوبة.

وقد قبل اجتهاد قديم، في مادة الإيجار، أن المؤجر، حتى ولو ألقى المستأجر من مسؤوليته في حالة الحريق، بإمكانه، كما المؤمن، إقامة دعوى مباشرة ضد المستأجر من

(1) انظر حول جعل المسألة Ch. JAMIN، الأطروحة الألفا الذكر، رقم 335 وما يليه.

(2) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 322 وما يليه.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1962، النشرة المدنية، IV، رقم 400، صفحة 334.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض 7 تموز 1967، النشرة المدنية، IV، رقم 202، صفحة 148.

(5) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 298، صفحة 205.

الباطن⁽¹⁾. وهذا الحل يجب أن يطبق على الدعاوى المباشرة للضمان والمسؤولية من القانون العام. وبالفعل كانتا جائزتين من أجل تجنب سيئة تنشأ عن بند حاصر للضمان لصالح البائع الوسيط كان يمنع الخلف إقامة دعوى غير مباشرة (oblique)⁽²⁾.

816 - خاصيات الدين (له).

يجب على حائز الدعوى المباشرة للإيفاء، عندما يطالب بالإيفاء، من حيث المبدأ، أن يثبت أن دينه أكيد ومستحق.

بيد أنه يمكن، بالنظر إلى ضرورة حماية الدائن حائز دعوى مباشرة غير تامة، ودينه ليس مجمداً منذ نشأته، وأخذاً في الحسبان واقع أن المفاعيل الأولى للدعوى هي احتياطية وحسب، إظهار الفروق الدقيقة لشرط استحقاق الدين لكي لا يقبل وجوده إلا في أونة إنتاج الدعوى مفاعيلها الناقلة.

وهذا ما يبدّر أن محكمة النقض قد أخذت به إذ حكمت، في غياب نص قانوني معاكس، بأن المادة 12 من قانون 31 كانون الأول 1975 المتعلقة بالمقاوله من الباطن «لا تفرض أن تكون المبالغ التي يطلب إلى المقاول دفعها مستحقة بتاريخ الإنذار»⁽³⁾. والحال أن المقاول من الباطن يحوز دعوى مباشرة ما أن يتلقى صاحب العمل المستقل، والمتعهد الأصلي متخلف عن الحضور، نسخة عن هذا الإنذار، مما يحمل على الاعتقاد أن هذا الشرط يطبق أيضاً على طلب الإيفاء من قبل صاحب العمل المستقل.

إن الأسباب المماثلة هي التي حثت فقهاً أكثرياً استرجح الحلول المقبولة في مادة تأمين المسؤولية⁽⁴⁾ على أن لا يفرض من حيث المبدأ⁽⁵⁾ إثبات طابع صفة الدين المعين المقدار في آونة إقامة الدعوى⁽⁶⁾.

817 - تطرح المسألة في تعابير مختلفة جذرياً في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة للضمان والمسؤولية. ويكفي، في حالة القانون الوضعي، أن يكون أحدهم مالكاً الشيء ليحوز دعوى مباشرة محتملة ضد المدين الفرعي. ويعود عندئذ للقاضي، من حيث المبدأ، تحديد ماذا كان من الممكن الأخذ بمسؤولية المدين الفرعي أو بضمائنه.

(1) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 16 آب 1872، S.72، 2، صفحة 198 - حكم محكمة استئناف اميان، 4 نيسان 1883، S.83، 1، صفحة 178.

(2) انظر الرقم 721 السابق.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1983، النشرة المدنية، III، رقم 259، صفحة 197.

(4) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1984، النشرة المدنية، I، رقم 288، صفحة 245.

(5) انظر مع ذلك المادة الأولى من قانون 2 كانون الثاني 1973 المتعلقة بإيفاء الثقة المباشر.

(6) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 337 وما يليه - B. STARCK، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 57.

II - وضع المدين الوسيط

818 - المسألة المطروحة هي مسألة تخلف المدين الوسيط عن الحضور: هل هو مفروض لقبولية الدعوى المباشرة؟ إن حلول القانون الوضعي متناقضة.

يخضع منح دعوى مباشرة لصالح المفاوض من الباطن لمصفقات أشغال خاصة على أساس قانون 31 كانون الأول 1975 لضرورة تخلف المفاوض الأصلي عن الحضور (المادة 12). والثبت من تخلف المدين عن الحضور يشكل أحد شروط العمل بإجراء الإيفاء المباشر للنفقة الذي ينظمه قانون 2 كانون الثاني 1973 (المادة الأولى، الفقرة 2)، ويجيز اجتهاد تقليدي للمؤجر الإفادة من المادة 1753 من القانون المدني شرط أن يكون المستأجر معراً⁽¹⁾. وبالمقابل ليس تخلف المدين الوسيط عن الحضور مفروضاً في ما يتعلق بالدعوى المباشرة للمقاولين من الباطن في مادة صفقات الأشغال العامة (قانون 31 كانون الأول 1975، المادة 6)؛ وليس مفروضاً أيضاً في ما يختص بدعوى الوكيل المستبدل المباشرة ضد الموكل⁽²⁾، ولا مجال لذلك على الإطلاق بالنسبة إلى الدعوى المباشرة للمضحية في مادة تأمين المسؤولية.

وعندما تشكل الدعوى المباشرة ضمان إيفاء لصالح حائزها تتيح له الدعوى التي يمارسها مع الدعوى التي يحوزها ضد مدينه الخاص الحصول على إدانة هذا المدين بالتضامن مع المدين الفرعي⁽³⁾، وليس ثمة ما يدعو، هذا الاستثناء، إلى فرض أن يكون المدين الوسيط متخلفاً عن الحضور. والحل ينبغي أن يكون صالحاً بالنسبة إلى الدعاوى المباشرة للإيفاء والمسؤولية.

III - دين المدين الفرعي (عليه)

819 - مدى خاصيات الدين (عليه).

المدين الفرعي، كما بين بصواب السيد Cozian في صدد الدعاوى المباشرة للإيفاء، ليس ملزماً كما يمكن أن يكون كذلك المسؤول تجاه الغير أو الكفيل؛ إنه ملزم بصفة «غير حائزة» ولأنه مدين دائنه وحسب⁽⁴⁾. وتنجم عن ذلك نتائج مهمة.

ليس المدين الفرعي أولاً ملزماً تجاه حائز الدعوى المباشرة إلا بما يعادل ما يزال

- (1) انظر النقص المدني، 2 تنويز 1973، 573، 1، صفحة 223، Dalloz 73 الدري، 1، صفحة 412.
- (2) حكم الفرقة المدنية الأولى، 27 كانون الأول 1960، النشرة المدنية، I، رقم 573، صفحة 466، Dalloz 1961، صفحة 491، تعليق BIGOT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1961، صفحة 700 تعليق CORNU.
- (3) انظر Ch. JAMIN الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 412، صفحة 361 والإشارات السنشهد بها. انظر مع ذلك العمان التضامني الذي تنظمه المادة 1792 - 4 من القانون المدني في مادة البناء.
- (4) انظر M. COZIAN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 344، صفحة 210.

متوجهاً عليه لذاته الخاص، في آونة دين المدين (دعوى مباشرة تامة) أو آونة ممارسة الدعوى (دعوى مباشرة غير تامة). والدائن، بتعبير آخر، لا يستطيع مبدئياً⁽¹⁾ أن يفرض على المدين الفرعي أكثر مما يمكن أن يطالب به المدين الوسيط⁽²⁾.

وبالمقابل لا أهمية تذكر، من حيث المبدأ، باعتبار المفاعيل الأولى للدعوى المباشرة استيعابية وحسب، لأن يكون دين المدين الفرعي تجاه المدين الوسيط أكيداً ومستحقاً⁽³⁾. ويتيح ذلك تعزيزاً لا جدال فيه لفعالية الدعوى المباشرة للإيقاع⁽⁴⁾، وعلى الأخص عندما تكون غير تامة. يمكن إذاً إبداء الأسف لعدم الأخذ بحل كهذا في ما يتعلق بالإجراء المسمى إجراء الإيقاع المباشر للفتنة⁽⁵⁾.

ولا حجية سقوط دين المدين الفرعي تجاه الحائز الوسيط أخيراً تتوقف على طبيعة الدعوى المباشرة وعلى الآونة التي يسري فيها هذا السقوط. إن جميع أسباب سقوط الدين اللاحق لإقامة الدعوى، في ما يختص بالدعوى المباشرة غير التامة، لا يحتج بها ضد الدائن ذلك بأن هذا الدين مجمد منذ تلك اللحظة في ذمة المدين الفرعي المالية. ودين المدين الفرعي، منذ نشأة دين حائز الدعوى، يجمد في ذمته المالية لصالح الدائن. فأسباب سقوط دين المدين الفرعي تكون محتجاً بها ضد الدائن منذ تكوين دينه⁽⁶⁾.

(1) انظر المسؤولية: المفاهيم، رقم 428، صفحة 554: حكمان (حكم الغرفة التجارية، 7 كانون الأول 1982، النشر، المدنية، IV، رقم 400، صفحة 334 وسكّم الهيئة العامة بكامل أعضائها، 3 كانون الثاني 1983، نشر الهيئة العامة، رقم 6، صفحة 10) يعترفان للمستفيدين من الدعوى المباشرة بحق الحصول من تأمين على تعويض يفوق ما يمكن أن يطالب به المؤمن نفسه.

(2) انظر النقض المدني، 6 أيار 1935، Dalloz 1935، صفحة 1332؛ S. 1935، 1، صفحة 244 (إجراء من الباطن) - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 حزيران 1964، المجلة العامة للتأمين البري، 1965، صفحة 58، تعليق A.B. (تأمين المسؤولية). وكذلك في مادة المقارنة من الباطن، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 أيار 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطيبة G، II، 19440، ملاحظة G. FLÉCHEUX - حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 18 حزيران 1982، الطيبة G، II، 19858، طلبات SADON، ملاحظة G. FLÉCHEUX، Dalloz 1983، صفحة 221، تعليل A. BÉNABENT.

(3) B. STARCK، المغالبة المذكورة سابقاً، رقم 68 - انظر في مادة الإيقاع من الباطن: النقض المدني، 2 تموز 1973، المذكور آنفاً؛ وفي صدد إخطار الغير - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1973، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، الطيبة G، IV، 46.

(4) ليست هذه المبادئ قابلة للنقل إلى الدعوى المباشرة للضمان والمسؤولية. وعندما يمدد طيبياً إلى القاضي تحديد المسؤولية ومذاها أو الضمان المتوجب على المدين الفرعي، يمكن أن تمارس الدعوى المباشرة بالطبع في حين أن دين هذا المدين الفرعي ليس أكيداً ولا معين المقدار ولا متفقاً.

(5) انظر المادة الأولى من قانون 7 كانون الثاني 1973 التي تنص على أن الدعوى المباشرة ليست ممكنة إلا عندما يكون الغير مبدئياً يبلغ معين المقدار ومستحقاً تجاه المدين بالفتنة.

(6) حول صيرورات العمل بهذه المبادئ، نتمم لمختلف أسباب سقوط الدين، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 346 وما يليه. وكذلك Ch. JAMIN، الأطروحة الأتفة الذكر، رقم 385 وما يليه.

820 - طبيعة الدين (عليه).

في حين أن الدعاوى المباشرة للإيفاء لا يمكن أن تتناول إلا دين مبلغ من العملة، ليست الحال هكذا في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة للمسؤولية وللضمان⁽¹⁾.

وقد جرى التناول على وجه الخصوص حول نقطة معرفة ما إذا كان بإمكان الدائن أن يقاضي مباشرة المدين الفرعي للمسؤولية العقيدية بأن يأخذ عليه انتهائك موجه في الاستعلام⁽²⁾. ويبدو أن الاجتهاد الحاصر الذي أقامته الهيئة العامة بكامل أعضائها في 12 تموز 1991 نادراً ما يسمح بذلك⁽³⁾ إلا أن يعتبر موجب الاستعلام مكتوناً تابع الشيء المباع الذي، بانتقاله معه، له طبيعة عقيدية بالضرورة⁽⁴⁾.

821 - إثبات الدين (عليه).

إن القانون العام للمادة 1315 من القانون المدني هو، من حيث المبدأ، مطبق. على أن العمل به يمكن أن يشكل صعوبات عندما لا يستطيع حائز الدعوى، غير المرتبط عقدياً بالمدين الفرعي، الاحتفاظ ببيئة سبق تكوينها.

وقد قبلت محاكم أساس عديدة، باعتبار أن إقامة الإثبات صعبة أحياناً، في مادة تأمين المسؤولية، أن بإمكان القاضي أن يأمر المؤمن بتقديم وثيقة التأمين التي تربطه بالمسؤول⁽⁵⁾. وأكثر من ذلك حكمت محكمة النقض، استناداً إلى المادة 1315 من القانون المدني، بأنه يقع على عاتق شركة تأمين فاعل الضرر تقديم البيئة على تحديدات الضمان الذي تروخى الاحتجاج بها في وجه الضحية أو سقوطه⁽⁶⁾. كما أخذت، في مادة الحادث البحري، بأن

(1) انظر حول إمكانية ممارسة دعوى الفسخ لعب غفي الرقم 794 السابق.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1979، النشرة المدنية، I، رقم 40، صفحة 38. D. N'GUYEN - BOURGEOIS et J. REVEL, La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue, المجلة الدورية، الطبعة II، G، 2679، ولا سيما رقم 14 وما يليه. وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 نيسان 1985، Dalloz 1985، صفحة 558، تعليق S.DION - حكم محكمة استئناف روان، 14 شباط 1979، مصنف الاجتهادات الدورية، 1980، الطبعة II، G، 19380، ملاحظة P. BOINOT.

(3) المذكور سابقاً.

(4) انظر Ch. JAMIN سابقاً، رقم 398 وما يليه.

(5) حكم محكمة استئناف Rennes، 14 كانون الثاني 1928، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1928، صفحة 898، رقم 3، ملاحظة R. DEMOGUE - حكم محكمة استئناف باريس، 26 كانون الأول 1928، Dalloz 1930، 2، صفحة 1، تعليق L. JOSSERAND؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1930، صفحة 337، تعليق M. PICARD.

(6) انظر النقض المدني، 3 كانون الأول 1963، مصنف الاجتهادات الدورية، 1964، الطبعة II، G، 13489، طلبات A. BESSON، 409، صفحة Dalloz 1964؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1964، صفحة 570، ملاحظة A. TINC - 24 حزيران 1970، النشرة المدنية، I، رقم 222، صفحة 179.

شركة التأمين التي «لم تقدم إثبات اجتماع الشروط الواقعية لاستبعاد الضمان الذي يقع على عاتقه والذي تتسلك به، كانت ملزمة تجاه الضحية»⁽¹⁾.

الفقرة 2 - الأعمال

822 - الخاصيتان الاختيارية والجمعية للدعوى المباشرة.

لا يمتنع بمنع الدعوى المباشرة الذي لا يتناول التجديد حائزها من مقاضاة مدينة المباشرة. ويحوز الدائن، عن طريق الدعوى المباشرة، مديناً إضافياً وحسب وبإمكانه بالتالي المدول عن مقاضاة مدينة المباشرة بدون أن يحرم من أجل ذلك من الإفادة من الدعوى المباشرة⁽²⁾. وفي وسعه أيضاً تفضيل مقاضاة المدين الوسيط وحسب⁽³⁾. وأخيراً تقبل دعواه ضد هذا أو ذاك⁽⁴⁾ ضمن حدود منح إيفاء مزدوج يوفر له إثراء غير عادل.

على أنه من المناسب، أيّاً كانت الحالة المعتمدة، بيان أن الدعوى المباشرة المقامة على شخص المدين الفرعي، في مرحلتها غير القضائية وفي مرحلتها القضائية، لا يمكن أن تتخلص كلياً من دعوى المدين الوسيط.

I - المرحلة غير القضائية

823 - غياب ضرورة إنذار المدين الوسيط.

ليس على الدائن مبدئياً أن ينذر مدينة. وهذه القاعدة السارية في الدعوى غير المباشرة يجب بالأحرى أن تطبق في الدعوى المباشرة⁽⁵⁾. يضاف إلى ذلك أنها تتيح وحدها ضماناً فعالية الإلالية وبصورة أخص عندما يتعلق الأمر بدعوى مباشرة غير تامة لا تؤدي إلى تجميد الدين إلا من أونة ممارستها. وبالفعل يترك الدائن الذي عليه موجب إنذار المدين لهذا الأخير

(1) حكم الغرفة التجارية، 7 كانون الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 400، صفحة 334.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى، 26 أيار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 188. صفحة 127 - حكم الغرفة المدنية الأولى، المدنية الثالثة، 17 كانون الأول 1986، 1987، Dalloz، صفحة 12 من التقرير - حكم الغرفة المدنية الأولى، 20 تموز 1988، النشرة المدنية، I، رقم 254، صفحة 176. وكذلك حكم الغرفة التجارية، 19 آذار 1991 النشرة المدنية، IV، رقم 102، صفحة 71، الذي أخذ بأن إعمال الوكيل المشبك في المطالبة بمبلغ مصاريفه وتسليفاته ليس من شأنه أن يحرمه من الدعوى المباشرة التي له الحق في إقامتها ضد الموكل.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 أيار 1987، النشرة المدنية، I، رقم 148، صفحة 114 (تأمينات) - حكم الغرفة المدنية الثالثة، 16 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، III، رقم 164، صفحة 88 (مبيعات متعاقبة). وباعتبار الدعوى المباشرة متعة أنشئت لصالح الدائن خارج أي إرادة يجب أن يكون المدول عن حق التسلك بالدعوى المباشرة محقراً.

(4) انظر في مادة المقاولة من الباطن حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 كانون الثاني 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 12 - حكم الغرفة التجارية، 10 أيار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 131، صفحة 177 1992، Dalloz، صفحة 115 من الموجز، ملاحظة BÉNABENT، A.

(5) B. STARCK، الفهرس المدني، موسوعة Dalloz، V، للدعوى المباشرة، رقم 89.

الوقت لإفراغ ذمة المدين الفرعي العالية من دينه الخاص.

بيد أنه لا مناص من البيان أن النصوص الأحدث تفرض إنذاراً كهذا. وهكذا على الدائن تقديم البيّنة على تخلف مدينه عن الحضور كما هي الحال في ما يتعلق بالمقاولة من الباطن لصفقات الأشغال الخاصة⁽¹⁾. وفي شأن إخطار الغير فرضت محكمة النقض اليوم على الخزينة تبليغ المدين ممارستها تحت طائلة بطلان الإجراء⁽²⁾. غير أن الأمر لا يتعلق بتدبير إعلام لا يمكن أن يماثل بالإنذار.

824 - اعتراض ضروري بين يدي المدين الفرعي

على الدائن إخطار المدين الفرعي بإرادته مقاضاته مباشرة. وهذا الإخطار يرتدي أهمية أكبر في ما يتعلق بالدعوى المباشرة غير التامة، لأنه اعتباراً من هذه الآونة يجمد دين الدائن حائز الدعوى بين يدي المدين الفرعي.

إن مجرد اعتراض يكفي، فمحكمة النقض لا تخضعه لأي شكلية: يكفي أن يكون صريحاً⁽³⁾. ويمكن أن يكون شفهياً صرفاً مع مراعاة ضرورة احتفاظ الدائن بوسيلة إثبات⁽⁴⁾.

وقد ورد في بعض النصوص الشكل الذي يجب أن يتخذه التبليغ. فالدعوى المباشرة لإيفاء النفقة⁽⁵⁾ ينبغي أن «تقدم عن طريق المباشر القضائي» (المادة 6 من قانون 2 كانون الثاني 1973). والدعوى المباشرة التي يمارسها المقاول من الباطن تفرض أن يتلقى صاحب العمل المستقل نسخة عن الإنذار الموجه إلى المقاول الأصلي (المادة 13، الفقرة 2، من قانون 31 كانون الأول 1975).

II - المرحلة القضائية

825 - يستطيع المدين الفرعي الذي أعلمه الدائن بإرادته في مقاضاته⁽⁶⁾ للإيفاء أن يرفض الرضوخ لذلك، فتبدأ عندئذ المرحلة القضائية. وتطرح عدة أسئلة مشتركة بين

(1) انظر الرقم 788 السابق والمادة 12 من قانون 31 كانون الأول 1975.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 251، صفحة 178 - 13 تشرين الثاني 1973، النشرة المدنية، III، رقم 326، صفحة 291.

(3) انظر في مادة إخطار الغير الحائز، النقض المدني، 23 حزيران 1915، 1921 Dalloz، I، صفحة 117؛ S. 192، 1، صفحة 57، تعليق E. NAQUET - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 6 حزيران 1962، مصنف الاجتهادات الدوري، 1952، IV، صفحة 113 - حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1959، مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، IV، صفحة 10 - وفي ما يتعلق بالدائنين المرئيين المقاولين وأصحاب الامتياز، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 تشرين الأول 1956، 1956 Dalloz، صفحة 195؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1956، صفحة 144.

(4) انظر R. DEMOGUE، Traité des obligations en général، الجزء VII، رقم 993 ورقم 1009.

(5) انظر الرقم 811 السابق.

(6) انظر الرقم 824 السابق.

الدعوى المباشرة للإبقاء والدعوى المباشرة للمسؤولية: هل يجب على الدائن أن يختصم المدين الوسيط وهل ينبغي أن يقدم الإثبات إلى ممثل الدائنين إذا كان موضوع إجراء جماعي؟ أمام أي قضاء عليه أخيراً دعوى المدين الفرعي إلى الحضور؟

١ - اختصام للمدين الوسيط

826 - تقرر ممارسة الدعاوى المباشرة اختصام المدين الوسيط.

أثارت المسألة جدالاً عريضاً في مادة تأمين المسؤولية^(١). فقد أصبحت ممارسة الدعوى المباشرة من قبل الضحية تفرض مبدئياً اختصام المؤمن ما دام أن مسؤوليته لم تثبت مسبقاً ومبلغ دينه لم يحدد^(٢). وهدف هذا الطلب تحديد الطابع الأكيد والمعين المقدار لدين حائر الدعوى. وهذا التطلب يجب أن يطبق على الدعاوى المباشرة للإبقاء جميعاً. وبالفعل لا يمكن الافتراض أن الدائن بإمكانه الحصول على إبقاء دين ليس له على الأقل هذا الطابع. وإذا لم يكن الأمر كذلك فعليه أن يثبت مواجهة مدى حقه تجاه مدينه بطلب اختصامه^(٣). إن قصبة الاختصام تؤدي إلى نتائج عديدة.

فالدائن، أولاً، ليس ملزماً باختصام مدينه إذا كان يملك سنداً تنفيذياً^(٤).

ثم إنه يمكن التساؤل، عندما يكون المدين موضوع إجراء جماعي بين يدي ممثل الدائنين، حول نقطة معرفة ما إذا كان الدائن عليه أن يقدم الإثبات إلى ممثل الدائنين. وقد أخذت الغرفة المختلطة، عندما طرحت المسألة في مادة تأمين المسؤولية، بصواب بأنه كان ينبغي التفرقة بين مسألة تحديد المسؤولية ومسألة الإدارة النقدية التي يمكن أن تنتج احتمالاً عنها. واستنتجت من ذلك أنه يجب بالضرورة اختصام المدين الوسيط كي يجري الحكم في

(١) انظر حول عرضه Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 108، صفحة 79 وما يليها.

(٢) اجتهاد مستقر منذ النقض المدني في 13 كانون الأول 1938 (ثلاثة أحكام)، 1939 Dalloz، صفحة 33، تعليق M. PICARD. وهذا التطلب مستبعد عندما يكون الاختصام مستحقاً (انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الثاني 1991، النشر: المدنية، 1، رقم 309، صفحة 202) لأسباب واقعية (انظر النقض المدني، 28 حزيران 1939، المجلة العامة للتأمين البري، 1939، صفحة 508، A. BESSON - حكم محكمة استئناف إيكس - آن - بروفانس، 6 حزيران 1955، مصنف الاجتهادات الدوري، 1950، 5736، ملاحمة R. RODIÈRE) أو قانونية (حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 تموز 1965، مصنف الاجتهادات الدوري، 1966، II، 14488، J. BIGOT، La mise en cause de l'assuré exerçant l'action directe contre l'assureur، 1966، الطبعة I, G، 1970).

(٣) انظر حول مسألة اختصام تلة في محتل حكم الغرفة المدنية الثانية، 11 شباط 1966، مصنف الاجتهادات الدوري، 1967، II, G، الطبعة 1، 14966، R. MEURISSE، وكذلك I. NORMAND، Le juge de la litige، منشورات L.G.D.J، 1965، مقدمة R. PERROT، رقم 94 وما يليه.

(٤) والأمر على هذا النحو في شأن إخطار الغير الحائر طالما أن الدين الفرعي متيق في سند تنفيذي، وفي صدق إثبات الدفع المباشر للثقة (الحادة الأولى من قانون 2 كانون الثاني 1973).

شأن مسؤوليته، بدون أن تكون الضحية خاضعة لإجراء التحقق من الديون، إلا في حالة ادعائها بدين يبلغ من المال ضده⁽¹⁾.

وتطرح مسألة أخيرة عندما يكون من الواجب اختصام المدين الوسيط أمام قضاء إداري. وتمت الإجابة على ذلك في مادة تأمين المسؤولية. ومنذ أن اعترفت محكمة حل الخلافات بأن الدعوى المباشرة التي تقام ضد مؤمن شخص عام تشكل منازعة من القانون الخاص⁽²⁾، أمرت محكمة النقض بتأجيل الحكم عندما يتعلق الأمر بتعذر مسؤولية شخص عام حتى صدور حكم القضاء الإداري⁽³⁾. ثم حددت بعد ذلك أن هذا التأجيل لا يطبق فقط على هذه الفرضية وإنما كذلك على فرضية تحديد مبلغ الدين وحدها⁽⁴⁾. واستخرجت محكمة النقض هنا نتائج اجتهداها: بما أن اختصام المدين الوسيط باعتباره مطلوباً لتحديد طابع الدين المعين المقدار، ينبغي تأجيل الحكم طالما أنه يعود إلى القاضي الإداري البت بالأمر.

827 - لا تتطلب ممارسة الدعوى المباشرة للمسؤولية اختصام المدين الوسيط.

يفرض الاجتهاد اختصام المدين الوسيط لأنه من الضروري تحديد طابع الدين الأكيد والمعين المقدار لحائز الدعوى المباشرة للإيفاء. وبالمقابل، وفي ما يتعلق بالدعوى المباشرة للمسؤولية، تبلور المائل المتعلقة بالطابع الذي يجب أن يرتديه دين حائز الدعوى في شخص المدين الفرعي. ولا يبدو اختصام المدين الوسيط مطلوباً إذن⁽⁵⁾. وهذا ما حكمت به محكمة النقض في شأن الدعوى المباشرة لضمان الصيرب الخفية في المبيعات المتعاقبة: لا يتوقف نجاحها على اختصام البائع الوسيط⁽⁶⁾.

بيد أن هذا الاختصام يبدو مأمولاً عندما يجب أن تؤدي ممارسة الدعوى المباشرة لضمان إلى فسخ سلسلة عقود البيع التي أبرمت على التوالي.

(1) 15 حزيران 1979 (حكمان)، Dalloz 1979، صفحة 581، تعليق F. DERRIDA، وملاحظة A. HONORAT، المجلة العامة للتأمين البري، 1979، رقم 364، طلبات TOUBAS، تعليق A. BESSON؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، الطبعة II، G، 19197، ملاحظة A. BESSON و J. BIGOT Y. LAMBERT - FAIVRE، *Fondement et portée de la mise en cause d'un assuré en faillite dans l'action directe exercée par la victime contre l'assureur du responsable*، Dalloz 1979، صفحة 243 من العرض وما يليها. انظر في الانجاء منه حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1981، النشرة المدنية IV، رقم 269، صفحة 213 - 22 أيلول 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 328، صفحة 261.

(2) 5 تموز 1982، مجموعة Lebon، صفحة 459، Dalloz 1983، صفحة 46 من التقرير.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى، 16 تشرين الأول 1984، النشرة المدنية، I، رقم 262، صفحة 222.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1984، النشرة المدنية، I، رقم 288، صفحة 245 - 8 حزيران 1990، النشرة المدنية، I، رقم 130، صفحة 93.

(5) انظر JAMIN، Ch.، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 349 وما يليه.

(6) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 حزيران 1989، النشرة المدنية، III، رقم 133، صفحة 74.

ب - تصريح للمدين الوسيط لدى ممثل الدائنين.

828 - التصريح لدى ممثل الدائنين غير مفيد.

يتوقف الحل، في عرفنا، على الطبيعة القانونية، المنسوبة إلى الدعوى المباشرة أكثر مما يتوقف على التخصيص الحصري للمدين لصالح حائزه. فهذه الدعوى يمكن أن تعال على مجرد طريق تنفيذ، كحجز التخصيص الذي يتيح للدائن أن يفرض على الغير إيفاء الدين الذي يحوزه تجاه مدينة المباشرة. والدعوى المباشرة من القانون العام⁽¹⁾ تنزع، على العكس، قبل كل شيء، إلى إثبات رباط قانوني مباشر ومستقل بين حائز الدعوى والمدين الفرعي. فحائز الدعوى يصبح دائن المدين الفرعي الذي هو مدينة «الحقيقي». إن شخص المدين الوسيط، في هذه الرؤية، يأتي في المستوى الثاني، فهو ليس سوى مناسبة لممارسة الدعوى المباشرة التي تنزع إلى أعمال حق الدائن الخاص ضد المدين الفرعي. والتصريح لدى ممثل دائني المدين الوسيط يبدو إذاً إجبارياً بدرجة أقل.

وقد استبعدت محكمة النقض، استناداً إلى الحق إلحاصر الذي تستفيد منه الضحية، ضرورة التصريح في ما يتعلق بالدعوى المباشرة للضحية ضد المؤمن⁽²⁾.

واستخرجت محكمة النقض من ذلك النتيجة المتطابقة بالحكم بأن وكيل المشتكين في الملكية كان مخولاً أيضاً بأن يقاضي مباشرة مؤمن المفاوض الخاضع لإجراء جماعي، حتى ولو أن الدين المتوجب عليه كان سابقاً لعدم إثباته قبل الاستحقاق الصلحي الأخير⁽³⁾. ويطبق حل مماثل على المقاولات من الباطن⁽⁴⁾ وعلى ديون النفقة⁽⁵⁾. وهو في هذه

(1) انظر الرقم 776 السابق وما يليه.

(2) اجتهاد منقر منذ حكم الغرفة المختلفة في 15 حزيران 1979 (مسألة الاختصاص والإدخال في المطالبات (المعصوم) مرتبطان في الغالب) المذكور سابقاً. انظر في الاتجاه عيه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، I، رقم 262، صفحة 208 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 269، صفحة 213 - 22 أيلول 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 328، صفحة 261 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 2 تموز 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 202، صفحة 148 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 تموز 1989، النشرة المدنية، I، رقم 226، صفحة 151 - حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 آذار 1991، النشرة المدنية، I، رقم 105، صفحة 169 تقرير محكمة النقض، 1991، رقم 8، الصفحات 362 إلى 384 - 2 شباط 1994، النشرة المدنية، I، رقم 49، صفحة 38، وكذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 2 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، I، رقم 224، صفحة 165 و19 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 107، صفحة 75، وقد حكمت بأن إختصار الغير الحائز لا يمكن وقفه بافتتاح إجراء تقويم قضائي عندما يصبح هذا الإخطار نهائياً.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 تموز 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 202، صفحة 148.

(4) حكم محكمة استئناف باريس، 27 تشرين الثاني 1990، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة II، G، 21782، تعليل Ph. DUBOIS 1992، Deloiz، صفحة 116 من الموجز ملاحظة A. BÉNABENT - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 أيار 1990، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة II، G، 19440، ملاحظة G. FLÉCHEUX.

(5) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 تموز 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 156، صفحة 133 =

الحالة الأخيرة منازع فيه مع ذلك⁽¹⁾. ولكنه ينتمي إلى طريق تنفيذ فيجب أن يتبع نظامه. كما يقتضي تطبيق الحل عن طريق المماثلة على الدعاوى المباشرة للمسؤولية عندما تشكل الرباط القانوني عينه بين الدائن والمدين الفرعي. وقد حكمت محكمة النقض، كما في الدعاوى المباشرة للإيفاء، «بأن الدعوى العقدية المباشرة لصاحب العمل المستقل ضد صانع المواد لا تسقط إذا انقضى، على أساس المادة 41، الفقرة 2، من قانون 13 تموز 1967، دينه على المقاول المسؤول عن الخلل (...)»⁽²⁾.

ج - الاختصاص القضائي (أو الولاية أو الصلاحية).

829 - الاختصاص الإقليمي

النزاعات المتعلقة بإعمال الدعاوى المباشرة للإيفاء أو المسؤولية، بين أشخاص خاصين على وجه العموم، هي مبدئياً من اختصاص المحاكم المدنية أيّاً كانت صفة المدين الوسيط.

وتطبيق هذا المبدأ أكيد في مادة تأمين المسؤولية حتى عندما يكون المؤمن شخصاً عموماً. وهكذا حكمت محكمة حل الخلافات غير مرة بأنه، إذا كانت الدعاوى الموجهة ضد المؤمن والمؤمن مبنية «على حق الضحية في التعويض عن الضرر الذي أصابها، فإن الدعوى المباشرة لا تلاحق إلا تنفيذ موجب المؤمن في هذا التعويض الذي هو موجب حق خاص»⁽³⁾. والنزاعات المتعلقة بإخطار الغير الحائز هي، بالطريقة عينها، من اختصاص المحاكم المدنية⁽⁴⁾، مع أن النزاعات العائدة إلى الديون الضريبية هي من اختصاص القضاء الإداري.

والأمر يتعلق مبدئياً بالمحاكم المدنية من القانون العام عندما لا ينطبق أي نص اليوم إلى المحاكم الاستثنائية.

⁽¹⁾ Dalloz 1987، صفحة 192، تعليق J. MASSIP 1988، Dalloz 1988، صفحة 7 من الموجز ملاحظة F. DERRIDA.

(1) انظر الرقم 774 السابق.

(2) حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 298، صفحة 205.

(3) 26 تشرين الثاني 1973 (حكسان) حوليات الاجتهاد في القانون الإداري، 1974، صفحة 207، تعليق F. MODERNE. انظر في الاتجاه حينه حكم محكمة حل الخلافات في 3 آذار 1969، المجلة العامة للتأمين البري، 1969، صفحة 371، طلبات KAHN - 6 آذار 1972، مجموعة Lebon، صفحة 945 - 5 تموز 1982، المذكور سابقاً - 4 آذار 1988، Dalloz - Sirey 1988، صفحة 145 من التقرير.

(4) انظر حكم مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان) - 20 شباط 1939، مجلة قصر العدل، 1939، صفحة 776 - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 27 تشرين الثاني 1963، Dalloz 1964، صفحة 24؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1964، صفحة 155 ورقم 16، ملاحظة HOUIN.

ويمكن مع ذلك أن تكون المحاكم المدنية الاستثنائية معنية في وضعين. أولاً لا شيء يمنع أن يكون اختصاص محكمة التجارة مقبولاً عندما يكون الفريقان المتخاصمان تاجرين⁽¹⁾. كما أن إحدى محاكم الاستئناف حكمت بصواب بأن محكمة التجارة كانت مختصة للنظر في إخطار الغير الحائز الصادر عن المصالح الضريبية بين يدي المدين الفرعي، في حين أن المدين الوسيط كان موضوع إجراء جماعي⁽²⁾. وبالفعل تنص المادة 174 من مرسوم 27 كانون الأول 1985 التي استعادت قاعدة تقليدية على أن المحكمة المراجعة في إجراء تقويم قضائي «تتظر في كل ما يتعلق بالتقويم أو التصفية القضائية» وإخطار الغير الحائز (كأي دعوى مباشرة)، إذ ينقص قسماً من موجودات المدين الوسيط (أصوله)، يمارس تأثيراً على سياقها وينبغي أن تطبق عليه قاعدة الجذب هذه.

ثمة حالة، فضلاً عن ذلك، يبدو فيها أن الدعوى المباشرة يمكن أن تمارس أمام محكمة جزائية. فنص قانون 8 تموز 1983 الذي توخى تحسين أوضاع الضحايا، أصبح بإمكان المؤمن التدخل أمام محكمة الجنب (وأمام محكمة الأحداث). وهدف هذا النص أن يجنب الضحية إقامة دعوى جديدة أمام القاضي المدني كي ينظر هذا القاضي في الفوائد المدنية تجاه مؤمن كان، في ظل النظام القديم، بإمكانه أن يرفض دفع التويض الذي حدده القضاء الجزائي بسبب لاحجية الحكم الصادر بحقه غيابياً⁽³⁾. وهذا الهدف لن يتم التوصل إليه إذا لم يسمح للضحية بأن تقاضي مباشرة المؤمن خلال مجرى الدعوى.

830 - الاختصاص الإقليمي.

يتوجب على حائز دعوى مباشرة للإيفاء أو للمسؤولية الذي يمارس دعوى شخصية، تطبيقاً للمادة 42 من مدونة الإجراء المدني الجديدة، أن يدعو المدين الفرعي إلى الحضور في محل إقامته.

والمسألة اليوم أكثر تعقيداً في مادة تأمين المسؤولية. ومن أجل تجنب أن يتم الحكم في القسم الأكبر من النزاع في باريس، أي حيث توجد مراكز شركات التأمين، حكمت محكمة النقض تقليدياً بأن على الضحية أن تخضع لأحكام المادة R.1-114 من قانون التأمينات التي تفرض على المؤمن دعوة الشركة إلى الحضور إما أمام محكمة محل إقامته وإما في مكان حدوث الفعل الضار⁽⁴⁾. وقد أخذت محكمة النقض اليوم، إذ عادت إلى قراءة

(1) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 389، صفحة 237.

(2) حكم محكمة استئناف باريس، 2 حزيران 1982، 1982، Dalloz - Irey، صفحة 84 من الموجز، ملاحظة A. HONORAT.

(3) المسؤولية: الشروط، رقم 101، صفحة 136.

(4) اجتهاد مستقر منذ التقض المدني في 11 تموز 1932، 1932، Dalloz الاسبري، صفحة 425، 1933، Dalloz الدوري، 1، صفحة 5، تعليق J. JOSSEERAND، المجلة العامة للتأمين البري، 1932، صفحة 782، وكذلك Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 110، صفحة 82.

حرفية للمادة R.1-114، بأن الضحية تستطيع أيضاً الإنادة من المادة 42 من مدونة قانون الإجراء المدني الجديدة⁽¹⁾. وقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أبعد من ذلك: رفضت أن تتمتع بأي خيار وفرضت عليها مراعاة أحكام القانون العام⁽²⁾. وإذا كانت هذه النزعة الجديدة يمكن أن تركز بلا جدال على حرفية النصوص فإنها يمكن أن تولد السيئات عينها (زيادة شديدة للتزاع في باريس) التي موّغت الحل السابق.

والحكم الصادر في 17 حزيران 1992 من محكمة عدل المجموعات الأوروبية⁽³⁾ يمكن أن تكون له نتائج غير منتظرة في القانون الداخلي. وبالفعل جرى التساؤل عما إذا كانت «المادة العقدية» بمعنى المادة 5 - 1 من اتفاقية بروكسل تتوافق مع «المادة العقدية» للمادة 46 من مدونة الإجراء المدني الجديدة⁽⁴⁾. وإذا اعتبرنا أن دعوى مكتب الملكية الثاني المباشرة ليست، بالمعنى الإجرائي، ذات طبيعة عقدية فإن لمكتب الملكية الثاني أن يختار: إما مراجعة قضاء محل إقامة المدعى عليه، وإما «قضاء مكان حدوث الفعل الضار أو مدى الاختصاص الذي وقع فيه الضرر». إن حلاً كهذا يتيح وضع القانون الداخلي على خط القانون الاتفاقي. وبالمقابل إذا كان يقدر أن الدعوى المباشرة تعود إلى «المادة العقدية»، فذلك بأن مكتب الملكية من الباطن يحوز اختياراً مختلفاً: بإمكانه أن يراجع إما قضاء محل إقامة المدعى عليه وإما قضاء «مكان التسليم الفعلي للشيء». وهذا الحل الأخير ينبغي أن يكون مفضلاً لأنه يتيح عدم التفرق، بصورة صناعية إلى حد ما، بين القواعد المطبقة على الأساس والقواعد المطبقة على الإجراء، على الأقل إذا كان النزاع داخلياً بحتاً.

831 - بنود إسناد الاختصاص يحتج بها ضد حائز الدعوى المباشرة.

تطبّق القواعد التي بيّناها بسهولة في غياب أي بند إسناد للاختصاص. ولكن ماذا يحدث عندما تملك المدين الفرعي بند كهذا متحدر من العقد الذي يربطه بالمدين الوسيط؟ هل هو محتج به ضد حائز الدعوى المباشرة؟

يمكن الأخذ، لصالح اللّاحجية، بأن الدائن الملاحق لم يكن فريقاً في هذا العقد. غير

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 كانون الأول 1983، النشرة المدنية، I، رقم 296؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1984، صفحة 405، ملاحظة J.B.

(2) حكم محكمة استئناف باريس، 5 تشرين الثاني 1985، المجلة العامة للتأمين البري، 1986، 544، 30 أيلول 1987، Dalloz 1988، صفحة 160 من الموجز، ملاحظة H. GROUDEL.

(3) حكم محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 17 حزيران 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، II، 21927، تعليق Ch. LARROUMET، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة E، II، تعليق P. JOURDAIN باريس، 1993، 5 تشرين الثاني 1985، المجلة العامة للتأمين البري، 1986، 544، 30 أيلول 1987، Dalloz 1988، صفحة 160 من الموجز، ملاحظة H. GROUDEL. (4) جريدة القانون الدولي، 1993، صفحة 469، ملاحظة P. BICHOFF - M. J. - مجلة القانون الدولي الخاص الثالثة، 1992، صفحة 726، ملاحظة R.T.D. Eur. GAUDÉMET، 1992، صفحة 709، تعليق P. DE VAREILLES - SOMMIÈRES.

(4) انظر P. DE VAREILLE - SOMMIÈRES، التعليق المذكور سابقاً، ولا سيما الأرقام 18 إلى 20.

أن هذا الرأي ليس مقتنعاً. فالدعوى المباشرة إذ تتبع لحازنها الإفادة من العقد المبرم بين مدنيه والمدين الفرعي نادراً ما يبدو بالفعل أنه من الممكن أن يتمكن من الإفادة من مبدأ المفعول النسبي للعقد بمعنى يفيد وحسب. يضاف إلى ذلك أنه يمكن أن يكون مصدر دعواه المباشرة في هذا العقد، مع أن الدائن لم يكن فريفاً في العقد الأصلي، وأن الدفوع الوحيدة غير المحتج بها تجاهه هي الدفوع التي تتجسد بعد ممارسة الدعوى (دعوى مباشرة غير تامة) أو ولادة الدين (دعوى مباشرة تامة)⁽¹⁾. وعليه، ومع التحفظ لجهة تطبيق المادة 48 من منونة الإجراء المدني الجديدة التي تحدد بشكل ملموس مدى بنود إسناد الاختصاص الإقليمي، يبدو أن الرأي المعاكس أكثر توافقاً مع طبيعة الدعوى المباشرة ونظامها.

يضاف إلى ذلك أن الغرفة المدنية الثالثة كانت، بعد عدة محاكم أساس⁽²⁾، قد سارت في هذا الاتجاه إذ حكمت في 30 تشرين الأول 1991 بأن محكمة الاستئناف، لأن صاحب العمل المستقل يملك ضد صانع المواد دعوى عقدية مباشرة «مبنية على عقد البيع المبرم بين هذا الصانع والبائع الوسيط، استتجت بصواب من ذلك أن بند إسناد الاختصاص الوارد في العقد كان محتجاً به ضد صاحب العمل المستقل»⁽³⁾.

إن حلاً كهذا يتعارض مع عدة أحكام للغرفة التجارية رأت أن «بند إسناد الاختصاص لا يحتج به إلا ضد الفريق الذي علم به وقبله في آونة تكوين العقد»⁽⁴⁾. ولا جدال في أن حائز الدعوى المباشرة لم يتمكن من العلم وبالأحرى من قبول بند كهذا في آونة التعاقد مع المدين الوسيط. غير أن محكمة النقض تأخذ اليوم بأن هذا المدين الوسيط، بسبب نقل الدعوى إلى مكتسب الملكية الثاني، يمارس الدعوى التي تعود إلى ملقه⁽⁵⁾. ينبغي إذاً قبول أن هذا الأخير إذ علم بالبند وقبله فإن ذلك يطبق تصورياً على مكتسب الملكية الثاني بسبب نقل الدعوى.

(1) انظر الرقم 841 اللاحق.

(2) حكم محكمة استئناف ايكس - آن - بروفانس، 27 كانون الأول 1935، 1936 Dalloz الأسبوعي، صفحة 185؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1936، صفحة 565 (بند يعزل فيه مؤمن عن دعة المؤمن أمام القضاء التقاضي يوجب به عند الضحية) - حكم محكمة استئناف باريس، 20 حزيران 1967، 1968 Dalloz، صفحة 60 من التقرير (بند إسناد الاختصاص الوارد في العقد الأصلي يوجب به عند مكتسب الملكية الثاني عندما يكون هذا الأخير المستفيد من ضمان العيوب الخفية، المنقول إليه في عقد البيع متسكاً بالضرورة بالعقد الأصلي الذي يحدد الموجبات الإيجابية والسلبية للبائع السابق والمشتري الوسيط).

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 251، صفحة 148؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، I، 3570، ملاحظة JAMIN Ch.

(4) 10 كانون الثاني 1989 النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 12. وكذلك حكم الغرفة التجارية، 28 شباط 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 89، صفحة 78 - 9 تموز 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 256، صفحة 179.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى، 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 45، صفحة 30؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة G، I، 3484، صفحة 274 وصفحة 275، ملاحظة J. GHRSTIN.

832 - أصالة البند التحكيمية .

منذ وقت أحدث أخذ حكم صادر هذه المرة عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض⁽¹⁾ بحل مختلف في مادة البند التحكيمية .

جرت، في القضية المعنية، مبيعات متعاقبة لمنتجات تغطية حصلت في أيام معدودة . وكان مكتب الملكية الثاني الذي اشترك من طابع السلعة المشوبة بالعيب قد دعا مجموعة الباعين السابقين أمام محكمة مكان تسليم المنتجات . واحتج في وجهه كل من الباعين بدفع عدم الاختصاص لصالح محاكم تحكيمية مختلفة، بحيث أن مكتب الملكية الثاني كان عليه بعثرة دعواه أمام هذه المحاكم الكائنة، فضلاً عن ذلك، في بلدان عديدة . وقد أعلنت محكمة النقض، إذ ردت محكمة الاستئناف اعتراضات الباعين المتعاقبين في شأن الحكم الذي أعلن أن محكمة مكان تسليم السلع صاحبة اختصاص امتداداً إلى العادتين 607 و608 من مدونة الإجراء المدني الجديدة، أن الطعون مردودة بعد أن حكمت بأن البند التحكيمية لم تكن محتجاً بها ضد مكتب الملكية الثاني «لعدم وجود نقل عقدي» .

وإذا كان الحكم، من وجهة نظر عملية، يستحق التأييد⁽²⁾ إلا أنه يصعب التوفيق بينه وبين الاجتهاد الحالي لمحكمة النقض التي تأخذ بأن الدعوى التي يحوزها مكتب الملكية الثاني هي الدعوى التي يملكها سلفه عندما تنتقل إليه بصفة تابع . وثمة تفسيران ممكنان، إما أن الحل مسوّغ بخصوصية البند التحكيمي الذي له، في مادة التحكيم الدولي على وجه الخصوص، «استقلالية قانونية تامة» بالنسبة إلى العقد⁽³⁾، أو أن الحكم يبرز «حقاً خاصاً» معطى للدائن، وتكون الأحكام المتعلقة مباشرة بالضمان يكون وحدها المنقولة وبالتالي محتجاً بها . غير أنه تتعذر، في هذه الحالة، رؤية سبب تسوية عدم تبعية بنود إمسناد الاختصاص لمصير البند التحكيمية .

- (1) حكم الغرفة المدنية الأولى، 5 تشرين الثاني 1980، النشرة المدنية، I، رقم 230، صفحة 165.
- (2) قارن بـ Ph. DELEBECQUE, La transmission de la clause compromissoire، مجلة التحكيم، 1991، صفحة 19 وما يليها ولا سيما رقم 13.
- (3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 أيار 1963، Dalloz 1963، صفحة 545، تعليق J. ROBERT، مصنف الاجتهادات الدوري، 1963، II، 13405، تعليق P. GOLDMANN، جريدة القانون الداخلي، 1964، صفحة 82، ملاحظة J.D. BREDIN، مجلة القانون الدولي الخاص الناقلة 1963، صفحة 615، تعليق H. MOTULSKY. انظر في الاتجاه عينة حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1967، مصنف الاجتهادات الدوري، 1967، IV، صفحة 113، وكذلك Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN، Droit du commerce international، 1959، صفحة 94، رقم 81.

الفقرة 3 - النتائج

833 - مدى حق التفضيل وارتباط حجة الدفع بغضبة الدعوى المباشرة.

للدعوى المباشرة فائدة مزدوجة، إنها تتيح لحائزيها، من جهة أولى، أن يتجنبوا أيّ اشتراك لدائني المدين الوسيط، ومن جهة ثانية أن لا يحتج ضدهم ببعض الدفع الذي يمكن أن يثيرها المدين الفرعي ضد المدين الوسيط⁽¹⁾.

إن مدى هذه الفائدة المزدوجة، في ما يتعلق بالدعوى المباشرة للإيفاء، يتوقف مع ذلك على الطابع التام، وغير التام للدعوى المقامة.

فإذا تعلق الأمر بدعوى مباشرة تامة فإن دين حائزها يجسّد في ذمة المدين الفرعي المالية ويخصص، في تدبير متغير⁽²⁾، لإيفاء الدائن منذ نشأة الدين. وعليه لا يستطيع المدين الفرعي في أيّ حال نقل مبلغه (إلاّ أن يتعرض إلى إيفاء مزدوج) إلى المدين الوسيط، وإلى دائنيه الآخرين، إذا نص القانون على ذلك: في هذه الحالة الأخيرة يكون حق التفضيل مطلقاً⁽³⁾. والدفع التي تنشأ قبل ولادة الدين هي التي يحتج بها ضد حائز الدعوى.

ودين حائز الدين، إذا تعلق الأمر بدعوى مباشرة غير تامة، يجسّد في ذمة المدين الفرعي المالية ويخصص، في التدبير عينه، لإيفاء الدائن في أونة معارسة الدعوى المباشرة. وعليه يستطيع المدين الفرعي بحرية التصرف بها قبل أن تتم إقامة هذه الدعوى، وخلال هذه الفترة من الزمن بإمكانه أن يدفع للمدين الوسيط كما لدائني هذا المدين الوسيط الآخرين: حق التفضيل نسبي، يضاف إلى ذلك أن جميع الديون السابقة لأونة ممارسة الدعوى يحتج بها ضد حائز هذه الدعوى.

834 - ذاتية الدعوى المباشرة للمسؤولية

هل هذا التصنيف الساري بالنسبة إلى الدعوى المباشرة للدفع مطبق في ما يختص بالدعوى المباشرة للمسؤولية؟ إن كون محكمة النقض تأخذ بأن البائع الوسيط يمكنه المقاضاة، حتى ولو مارس مكتسب الملكية الثاني دعواه المباشرة، ما دام أن له «فائدة مباشرة وأكيدة»⁽⁴⁾، لا يسمح بتصنيفها في فئة الدعوى المباشرة غير التامة وبالأولى في فئة

(1) انظر حول الإفادة المحتملة بالتضامن بين المدين الوسيط والمدين الفرعي، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 456 وما يليه والإشادات المستشهد بها. ومن المناسب أن يضاف إلى ذلك، في مادة المبيعات المتعاقبة، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 تموز 1988، النشرة المدنية I، رقم 231، صفحة 181.

(2) انظر الرقم 839 اللاحق.

(3) انظر في مادة تأمين المسؤولية حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 314، صفحة 184.

(4) انظر الرقم 747 السابق.

الدعوى المباشرة الثامة. يضاف إلى ذلك أن دعاوى كهذه يمكن أن تقام في حين أن دين حائزها ليس أكيداً ولا معين المقدار، ولا يتيح كذلك النظر في تجميعه.

وعليه لا يبدو من الممكن امتداد المقارنة إلا من وجهة نظر مزدوجة فحق التفضيل من جهة أولى، يتحدد هنا بواقع أن حائز الدعوى، ودينه لا ينتقل إلى ذمة المدين الوسيط المالية، لا يشترك مع دائني المدين الوسيط الآخرين مما يشكل منفعة عندما يكون هذا المدين الوسيط موضوع إجراء جماعي. ويمكن، من جهة أخرى، الأخذ بأن الينود جميعاً التي تنشأ بعد إقامة الدعوى محتج بها ضد الدائن. إلا أنه يقتضي قبول أن مثل هذا المبدأ غير المسلم به⁽¹⁾ نادراً ما يبدو أن له مدى عملياً.

I - حق التفضيل

835 - يتوخى تجميد الدين في ذمة المدين الفرعي المالية وتخصيصه لإيفاء الدائن وكونه لا يمر عبر ذمة المدين الوسيط المالية حق التفضيل الذي هو «من روح الدعوى المباشرة»⁽²⁾.

836 - يتغلب حائز الدعوى المباشرة على الدائن.

تفسر هذه المبادئ وجوب تغلب حائز الدعوى المباشرة دائماً على دائن آخر للمدين الوسيط الذي يمارس دعوى غير مباشرة. فحائز الدعوى المباشرة، من جهة أولى، يجد دينه مجمداً في ذمة مكتسب الملكية الثاني المالية ومخصصاً لإيفائه في حين أن من يمارس الدعوى غير المباشر لا يحوز حقوقاً أكثر من حقوق مدينه: التجميد الناتج عن ممارسة الدعوى المباشرة محتج به ضده⁽³⁾. ويبدو، من جهة ثانية، أن إقامة الدعوى غير المباشرة التي ليست سوى تدبير احتياطي لا يمكن أن تشل ممارسة الدعوى المباشرة التي لها أيضاً مفعول ناقل. على أنه يبدو أن المسألة لم تكن على الإطلاق موضوع حكم منشور.

837 - يراحم حائز الدعوى المباشرة غير الثامة الدائن على حيز التخصيص.

كان حائز الدعوى المباشرة غير الثامة، قبل إصلاح 9 تموز 1991 المتعلق بطرق التنفيذ المتفرقات، ينتصر على دائن المدين الوسيط الذي يمارس المحجز لدى الغير، على

(1) حكمت الغرفة المدنية الثالثة بالفعل بأن البائع السابق بإمكانه أن يحتج ضد حائز الدعوى المباشرة بمجموعة وسائل الدفاع التي يمكن أن يحتج بها ضد شريكه في التعاقد (26 أيار 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 176، صفحة 107 - 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 6). إلا أن النصوص الموجودة في هذه الحامدة (انظر حول بنود إسناد الاختصاص الرقم 831 السابق) تتيح التفكير في أن محكمة النقض لم ترق بعد كل الوزن الذي تتصرف به للدعوى المباشرة. وعليه يمكن أن تأمل حلاً حول هذه النقطة.

(2) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 52، صفحة 36، وكذلك Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 365 ما يليه.

(3) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 468، صفحة 284، التعليق 14 - قارن B. STARCK، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 102.

الأقل عندما لم يكن هذا الحجز بعد موضوع حكم صحته .

عند صدور الحكم يكون الدين بالفعل مستبعداً من ذمة المدين الوسيط العالية لكي يخصص حصرياً للدائن الحاجز . بيد أن الدعوى المباشرة ، كما جرى تدريس ذلك ، عندما لم يكن الحجز لدى الغير بعد إلا في المرحلة الاحتياطية ، هي التي كان يجب أن تغلب ذلك بأن الحجز لدى الغير لا يمكن عندئذ أن يتصر على الدعوى المباشرة إذ تنبج هذه الدعوى نقل الدين إلى ذمة حائزها المالية⁽¹⁾ .

إن إنشاء حجز التخصيص قلل بشكل ملموس من فعالية الدعوى المباشرة للإيفاء على الأقل عندما تكون غير تامة . وليس من الضروري مطلقاً انتظار حكم صحة لكي ينقل الدين إلى ذمة الدائن الحاجز المالية . فالمادة 43 من القانون تنص بالفعل على أن «عمل الحجز يؤدي (...) إلى تخصيص فوري لصالح حاجز الدين المحجوز بين يدي الغير (...)» . ومنذ ذلك الوقت يصبح الدائن الحاجز وحائز الدعوى المباشرة على مستوى واحد : الأسرع تغلب . وإذا ظهر الدائن الحاجز قبل غيره فإن حائز الدعوى المباشرة لا يستطيع مشاركته ذلك بأن دينه ينقل فوراً إلى ذمة المالية . وبالمقابل إذا ظهر حائز الدعوى قبله فهو الذي تغلب . ولأن معارسة الدعوى تجتد الدين لصالحه - على الأقل تجاه المدين الوسيط - فلا يعود هذا الدين بالفعل قابلاً للتصرف به⁽²⁾ بين يدي الغير .

ويتعذر ، بالمقابل ، وجود إمكانية حتى للترافع بين حائز الدعوى المباشرة التامة والمدين الحاجز عندما يكون دين الأول مجمداً لصالحه منذ تكوينه .

838 - يتغلب حائز الدعوى المباشرة على دائني المدين الوسيط موضوع إجراء

جماعي .

إن حائز الدعوى المباشرة ، كما أنه ليس عليه إثبات ديونه لدى ممثل الدائنين ، ولأنه لا يتدخل مباشرة في ذمة المدين الفرعي المالية ، لا يشارك دائني المدين الوسيط الآخرين الخاضع لإجراء التقويم القضائي أو التصفية القضائية⁽³⁾ . إنه يستفيد من إيفاء أفضل ، مع

(1) M. COZIAN ، الأطروحة السالفة الذكر ، رقم 477 ، صفحة 288 - B. STABCK ، المقالة المذكورة سابقاً ، رقم 103 .

(2) مع التفتت لجهة تفسير المحاكم للتعبير «قابل للتصرف به» ، يبدو أن هذا التعبير يجب أن لا يكون له معنى تقري ، خاصاً : انظر تقرير N. CATALA (الفقه : الجمعية الوطنية : 1990 - 1991 ، رقم 1202 ، صفحة 88) الذي يأخذ بأن الدين غير القابل للتصرف به هو الدين «غير القابل للحجز لأنه موضوع حجز آخر (أو يتعلق بحجز آخر)» لمدن في حالة تقديم قضائي أو تصفية أمواله .

(3) انظر في شأن حكم أول ، حكم محكمة استئناف باريس ، 9 آب 1959 ، Sirey ، 59 ، 2 ، صفحة 589 (في قضية أقام أحد العمال الدعوى المباشرة المتخصص عليها في المادة 1798 من القانون المدني ضد Offenbach ، مدير مسرح Bouffes parisiens ، في ذلك الوقت) . وكذلك M. COZIAN ، الأطروحة الآتفة الذكر ، رقم 483 وما يليه - Ch. JAMIN ، الأطروحة السالفة الذكر ، رقم 367 ، صفحة 322 وما يليها .

التحفظ الساري في الدعاوى المباشرة غير التامة وحسب⁽¹⁾ لجهة أن لا يكون المدير القضائي أو ممثل الدائنين قد قبض المبالغ من المدين الفرعي في آونة إقامة الدعوى.

839 - يشارك حائز الدعوى المباشرة مبدئياً دائتي المدين الفرعي الآخرين.

إن المبادئ ذاتها ليست ذات تطبيق أكيد إلى هذا الحد في ما يتعلق بالنزاع بين حائز الدعوى المباشرة ودائتي المدين الفرعي. فالنصوص المتعلقة بتجميد دينه في ذمة المدين الفرعي العالية ليست لها بالفعل المدى عينه.

وهكذا تنص المادة 124-3 من قانون التأمينات على أن «المؤمن لا يستطيع أن يدفع لغير الغير المبلغ المتوجب عليه أو قسماً منه ما دام لم يتم إرضاء هذا الغير (...)»، مما يتيح التفكير في أن «الآخرين»، أي كانوا، ستغلب الضحية عليهم. وبالمقابل تنص المادة 2102 - 8^o، الفقرة 2، من القانون المدني على أنه «لن يكون أي إيفاء للغير محرراً ما دام الدائنون أصحاب الامتياز لم يتم إرضائهم». فهذا النص لا يلزم المؤمن بأن يفضل حائز الدعوى المباشرة على الدائنين الآخرين ذلك بأن تجميد الأموال لا تأثير له ضد المؤمن. فالنزاع بين حائز الدعوى المباشرة والدائنين الآخرين لم تتم تسويته. والمادة 13، الفقرة 2، من قانون 31 كانون الأول 1975 تحدد أخيراً موجب صاحب العمل المستقل تجاه المقاول من الباطن بما لا يزال متوجباً للمقاول الأصلي في تاريخ تلقي نسخة الإنذار المنصوص عليه في المادة السابقة، ويستتج من هذا النص تجميد لدينه لصالح المقاول من الباطن. غير أن شيئاً لم يرد حول نزاع محتمل بين المقاول من الباطن ودائني صاحب العمل المستقل الآخرين في حال عدم إرضائهم جميعاً بشكل كامل. إن مجموعة النصوص التي جرى الاستنتاج منها وجود دعوى مباشرة غير تامة صامتة بالطريقة عينها، ذلك بأنه ليس ثمة أي تجميد جرى النص عليه صراحة.

وينبغي، عندما لا يورد أي نص تخصيص دين المدين الوسيط لصالح حائز الدعوى المباشر وحده، قبول أن هذا الحائز لا يتغلب على دائتي المدين الفرعي. وهذا الحل هو بالفعل الأكثر توافقاً مع روح الدعاوى المباشرة من القانون العام. إن هدف هذه الدعاوى الرئيسي إزالة العقبة التي يشكلها المدين الوسيط لوضع المدين الفرعي في مواجهة دائته «الحقيقي» الذي هو حائز الدعوى المباشرة⁽²⁾، دون أن تقتلص لتصبح وسيلة تخصيص الدين لصالح حائز الدعوى المباشرة. ومفعول أي حل آخر يمنحه، بدون نص صريح، امتيازاً يتيح له التغلب على دائتي المدين الفرعي.

(1) الدين، في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة التامة، مخصص منذ ولادته لإيفاء حائز الدعوى المباشرة، وبالتالي لا يستطيع المدين الفرعي أن يدفع للغير.

(2) انظر الرقم 763 السابق وما يلي.

840 - النزاع بين حائزي الدعاوى المباشرة.

بعد الحفاظ على وضع الدائنين الذين يملكون، عدا الدعوى المباشرة، امتيازاً مرتبطاً بدينهم ويجري حل النزاع بينهم تبعاً لمرتبة الامتياز⁽¹⁾، يتم التفرقة تقليدياً بين نزاع حائزي الدعاوى المباشرة من الطبيعة عنها ونزاع حائزي هذه الدعاوى من طبيعة مختلفة.

والقسمة، في الفرضية الأولى، يجب أن يتم على أساس قسمة غرماء، على الأقل عندما يكون حائزو الدعاوى المباشرة قد مارسوها في الوقت عينه، إذ ليس بينها بالقلل أي سبب يستوجب التفضيل.

وهذا ما حكمت به محكمة النقض في مادة المقاول من الباطن بعد أن بينت أن «الحكم أخذ على وجه صحيح بأن قانون 31 كانون الأول 1975 لم ينشئ حق أفضلية ولا امتيازاً لصالح أحد المقاولين من الباطن في حالة الاشتراك بينهم، وقرر بصواب أنه ينبغي أن يعاملوا على قدم المساواة ما أن يظهروا قبل قيام صاحب العمل المستقل بتسديد ما يتوجب لبعضهم أو قبل حكم قضائي يكرس ممارسة الدعوى المباشرة لصالحهم»⁽²⁾. وكل نزاع، في هاتين الفرضيتين، مستحيل بالفعل عندما يكون دين المقاول من الباطن قد نقل إلى ذمة العالمة.

ويقتضي، في الفرضية الثانية، تفرقة النزاع بين عدة دعاوى مباشرة عامة (تطالب مدينيي المدين الوسيط كافة) أو خاصة (تستهدف مديناً خاصاً للمدين الوسيط) والنزاع بين دعوى مباشرة عامة أو دعوى مباشرة خاصة. ولا تتناول الحالة الأولى، أي النزاع بين عدة دعاوى مباشرة عامة أو عدة دعاوى مباشرة خاصة، سوى الدعاوى المباشرة غير التامة. وفي ما يتعلق بالدعاوى المباشرة التامة يكون أي نزاع مستحيلاً بداية طالما أنها تؤدي إلى تجميد فوري لدين المدين الوسيط في ذمة المدين الفرعي المالية لصالح حائز الدعوى المباشرة. ويبدو، في الفرضية المعاكسة، من المنطقي الأخذ، عند ممارسة مختلف الدعاوى المباشرة في الوقت عينه، أن قسمة الغرماء هي التي يجب اعتمادها ما دام أن مطرح الدين المجمع في ذمة المدين الفرعي المالية غير كافٍ للارضاء التام. وعلى سبيل المثال ينبغي أن يكون الأمر كذلك بالنسبة إلى النزاع بين العاقل والمقاول من الباطن الذي يقاضي في الوقت عينه صاحب العمل المستقل، بالتعاقب على أساس المادة 1798 من القانون المدني وقانون 31 كانون الأول 1975.

والنزاع بين الدعاوى المباشرة العامة والخاصة، في الحالة الثانية، غير ممكن أيضاً إلا بشرط النزاع بين حائزي الدعاوى المباشرة غير التامة. وبالطريقة عنها ينبغي أن تحدد أسبقية

(1) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 507 وما يليه. وكذلك، حول النزاع الهامش وإنشا الممكن بين حائز الدعوى المباشرة ومن حلّ محله في حقوقه، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 506، صفحة 302.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، III، رقم 26، صفحة 16؛ Dalloz - Sirey 1987، صفة 256، تعليق A. BÉNABENT.

الدعوى المباشرة الأفضلية. ويجب، إذا كانت الدعاوى المباشرة متزامنة، إجراء قسمة مساوية ذلك بأنه ليس ثمة أي سبب لتسوية لأن تمتد المبادئ التي تنسوس النزاع في المنقول بين الامتيازات العامة والامتيازات الخاصة إلى الدعاوى المباشرة⁽¹⁾.

II - لاحجية للدفع

841 - أساس لاحجية الدفع يحدد مقياسها.

تعني قاعدة لاحجية الدفع التي تشكل إحدى خاصيات الدعوى المباشرة⁽²⁾ أن بعض أنواع دعم الدفاع الذي يمكن أن يتمسك بها المدين الفرعي ضد المدين الوسيط يتعذر التمسك بها ضد حائز الدعوى المباشرة.

ومجال تطبيقها ضيق إلى حد ما حسب الأساس المعطى لها. وقد جرى الأخذ في أول الأمر بأن حائز الدعوى، ما أن يمارسها، وهو يمتلك حقاً خاصاً، بإمكانه التمسك للأعمال الحاصلة بين المدين الفرعي والمدين الوسيط بالإفادة من مبدأ نسبية الاتفاقيات⁽³⁾. وبعد التخلي عن هذا التفسير أخذ الفقه الأكثرى بأن لاحجية الدفع يفسرها التجميد الذي تحققه الدعوى المباشرة⁽⁴⁾. فما أن يكون دينه موجوداً (دعوى مباشرة تامة) أو ما أن يقاضي (دعوى مباشرة غير تامة) حتى يصبح دينه مجمداً في ذمة المدين الفرعي المالية: «يتعذر عندئذ على المدين التصرف به بأي طريقة كانت»⁽⁵⁾.

وتتيح قاعدة اللأحجية المبنية على تجميد الدين تحليل لاحجية أعمال التصرف التي تتم لاحقاً لنشأته أو لممارسة الدعوى، ولكنها لا تتيح تفسير اللأحجية الاحتمالية للعيوب التي تشوب الدين⁽⁶⁾، طالما أن هذه الأعمال سابقة لهذا التجميد، وعلى وجه الخصوص لاحجية سقوط الحق لاحقاً لحدوث الضرر⁽⁷⁾ والبنود التي تهين زمةً لمنح الضمان⁽⁸⁾ في مادة تأمين المسؤولية.

(1) انظر M. COZIAN، الأطروحة الألفية الذكر، رقم 513، وما يليه.

(2) انظر M. COZIAN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 30 ورقم 53، وما يليه.

(3) انظر H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 69، صفحة 81. وكذلك MANASSE - MANUEL، De l'action directe contre les débiteurs substitués، أطروحة في تولوز، 1903، صفحة 73.

(4) M. COZIAN، الأطروحة الألفية الذكر، رقم 55 وما يليه - B. STARCK، المقالة المستشهد بها سابقاً، رقم 82.

(5) M. COZIAN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 55، صفحة 38.

(6) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 57 وما يليه.

(7) النقص المدني، 15 حزيران 1931، المجلة الفصلية للتأمين البري، 1931، صفحة 801، تعليق M. Sirey، 1932، 1، صفحة 189، تعليق P. ESMEIN، أكدت هذا الحل الناشئ عن مبادرة مستقلة المادة 124 - 1 من قانون التأمينات.

(8) حكم الفرقة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 28، صفحة 128، Sirey 1985، Dalloz، صفحة 216، تعليق Y.D. - 23 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 36، صفحة 134، مصنف الاجتهادات الدوري 1985، طبعة G، II، 20509 ملاحظة G. DURY.

إن هذه الحلول، التي تعطي الحظوة لاستقلالية الحق الذي يمارسه الدائن بالنسبة إلى العقد الذي يربط المدين الوسيط بالمدين الفرعي، تتوافق مع تطور الدعوى المباشرة فقد فرضت هذه الدعوى نفسها بالفعل ضد القانون العام للدعوى غير المباشرة التي تستنسخ حق الدائن عن حق مدينه بأن تعطي إلى حد ما «حقاً خاصاً» لحائزها⁽¹⁾. يبدو إذاً أنه من الواجب العودة جزئياً إلى التفسير الأصلي للاحتجاء بالدفع. فحائز الدعوى المباشرة، منذ نشوء دينه (دعوى مباشرة تامة) أو منذ ممارستها (دعوى مباشرة غير تامة)، يتمتع بحق خاص، أي مستقل بالنسبة إلى الحق يملكه مدينه. وهذا الوضع يجعله بمنجى من جميع الأحداث التي تشوبه بعد ذلك ولو كانت ذات مفعول رجعي أم لا. وهكذا، على سبيل المثال، لا تكون البنود التي تشترط أن ضمان المؤمن يغطي مطالب الفحبة خلال مدة العقد أو بعد سنة من انقضائه محتجاً بها ضده لأنها تتوقف على الأحداث اللاحقة لنشوء الدين⁽²⁾.

وبالمقابل تكون جميع الدفع ذات المصدر السابق لنشأة الدين أو لممارسة الدعوى ولا يتوقف العمل بها على أحداث سابقة لها، غير محتج بها ضد الدائن، ذلك بأنها التعبير عن «حقه المضرع»⁽³⁾.

غير أن مبدأ الحل هذا غير مطبق على الدعاوى المباشرة للمسؤولية. والغرفة المدنية الثالثة لا تعتمد أي تفريق. وهكذا حكمت بأن الصانع الذي يمارس صاحب العمل المستقل ضده دعوى ذات طبيعة عقابية مبنية على عدم مطابقة المنتج المباع للمقاييس التي نفذت الأشغال له الحق بالاحتجاج ضد صاحب العمل المستقل بجميع أنواع الدعم الدفاعي التي يمكن أن يحتج بها ضد شريكه في التعاقد⁽⁴⁾.

= (تعليق على الحكمين). انتهت الغرفة المدنية الثالثة، بعد أن تمسكت باجتهادها التقليدي (14 أيار 1985، Dalloz - Sirey 1985، صفحة 507، تعليق M. SPÉZ) إلى الأخذ بموقف الغرفة المدنية الأولى: 8 نيسان 1987، النشرة المدنية، III، رقم 80، صفحة 148 Dalloz - Sirey 1988، صفحة 163 من المرجز، ملاحظة H. GROUTEL.

(1) انظر الرقم 717 وما يليه والرقم 813.

(2) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 537 وما يليه.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 401 وما يليه والإشادات المستشهد بها.

(4) 26 أيار 1992، النشرة المدنية، III، رقم 176، صفحة 107 - 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 6.

الفهرس التفصيلي

الموضوع	الصفحة
توطئة	5
التصميم العام	7
مفاعيل العقد	
المقدمة (1 - 3)	11
الباب الأول	
قوة العقد الإلزامية لو الملزمة	
الباب الفرعي I	
محتوي العقد	
الفصل الأول - تفسير العقد (6 - 51)	18
القسم الأول: التفسير الذاتي أو الاعلاني للعقد (11 - 38)	24
الفقرة 1 - العمل بالخير الذاتي (12 - 28)	24
I - محكمة النقض لا تراقب تفسير العقد (13 - 21)	24
أ - التسوية (14)	25
ب - الاستثناءات (15 - 21)	26

(1) تعود الأرقام ضمن قوسين إلى أرقام الفقرات.

- 36 II محكمة النقض تراثب شروط ممارسة التفسير (22 - 28)
- 36 أ - ممارسة سلطة التفسير مرتبطة بالتباس العقد (25 - 27)
- 46 ب - ممارسة سلطة التفسير مفروضة بسبب التباس العقد (28)
- 48 الفقرة 2 - توجيهات التفسير (29 - 38)
- 48 I - توجيهات القانون المدني العامة في التفسير (30 - 36)
- 49 أ - تعدد التوجيهات الذاتية وتحليلها (31)
- 53 ب - القوة الملزمة للتوجيهات الذاتية (32 - 37)
- 62 II - توجيهات التفسير الخاصة (38)
- 64 القسم الثاني: التفسير الموضوعي أو المكون للعقد (38 - 51)
- 47 الفقرة 1 - رقابة التفسير الموضوعي المباشرة من قبل محكمة النقض (41 - 49)
- 67 I - وضوح محتوى العقد (42 - 43)
- 72 II - تعزيز محتوى العقد (44 - 48)
- 77 III - رفض تعزيز محتوى العقد (49)
- 79 الفقرة 2 - محاولة تركيب (50 - 51)
- 83 الفصل الثاني - وصف العقد (52 - 139)
- 94 القسم الأول: معايير وصف العقد (62 - 110)
- 94 الفقرة 1 - عناصر العقد (63 - 88)
- 95 I - العناصر العرضية لوصف العقد (64 - 68)
- 95 أ - صفة المتعاقدين (65 - 66)
- 100 ب - شكل العقد (67 - 68)
- 102 II - العنصر الضروري والدائم لوصف العقد (69 - 88)
- 102 أ - الموجبات الجوهرية بالنسبة إلى الوصف (70 - 83)
- 117 ب - دور الإرادة (84 - 88)
- 122 الفقرة 2 - بنية العقد (89 - 110)
- 123 I - البنى المسماة (90 - 97)

- أ - الأوصاف المسماة المانعة (91 - 93) 123
- ب - الأوصاف المسماة التوزيعية (94 - 97) 128
- II - البنى التحتية (98 - 110) 132
- أ - شروط الوصف (102 - 105) 139
- ب - النظام القانوني للعقد غير المسمى (106 - 110) 145
- القسم الثاني: المنازعة القضائية في وصف العقد (111 - 139) 151
- الفقرة 1 - صلاحية القاضي المبدئية (116 - 129) 156
- I - طبيعة وظيفة القاضي (117 - 126) 156
- أ - سلطة الوصف أو إعادة الوصف (118 - 122) 156
- ب - احترام المبادئ الأساسية للإجراء المدني (123 - 126) 171
- II - وصف العقد من قبل محكمة النقض (127 - 129) 179
- أ - مبدأ رقابة الوصف (128) 180
- ب - حد رقابة الوصف (129) 182
- الفقرة 2 - الصلاحية المقيدة (130 - 139) 184
- I - مجال السلطة المعترف بها للمتقاضين بتقييد القاضي بوصف العقد (131 - 133) 184
- II - شروط ممارسة سلطة الاعتراف للمتقاضين بتقييد القاضي عن طريق وصف العقد (134 - 139) 186
- أ - زمن تكوين العقد (135) 186
- ب - التعبير عن الرضا (136) 187
- ج - مدى الاتفاق بالنسبة إلى طرق المراجعة (137 - 139) 188

لباب الفرعي II

مدة تنفيذ العقد

- الفصل الأول: اختيار المدة (152 - 218) 208
- القسم الأول: اختيار نقطة الانطلاق (153 - 178) 208
- الفقرة 1 - نقطة الانطلاق المسبقة (154 - 158) 209

- I - صحة مبدأ الرجعية الانفاقية (155 - 156) 210
- II - فعالية شرط الرجعية (157 - 158) 213
- الفقرة 2 - نقطة الانطلاق المؤجلة (159 - 178) 214
- I - مفهوم الاجل المعلق (160 - 162) 214
- II - نظام الموجب المقترن بأجل معلق (163 - 169) 220
- أ - استحقاق الموجب (164 - 166) 220
- ب - وجوب السند (167 - 168) 225
- III - تعديل الأجل (170 - 178) 226
- أ - المقوط (171 - 177) 226
- ب - التعديل الارادي (178) 237
- القسم الثاني - اختيار نقطة القدوم (179 - 218) 239
- الفقرة 1 - تحذير بعض التعهدات الأبدية (182 - 185) 240
- I - تحذيرات القانون المدني (181 - 187) 240
- أ - تحذير بعض الايجارات الأبدية (182 - 185) 240
- ب - منع ايجار الخدمات الأبدية (186 - 187) 246
- II - التحضيرات الأخرى (188 - 191) 248
- III - محاولة تركيب (192) 258
- الفقرة 2 - تحديد المدة السلطوي (193 - 199) 261
- I - يفرض القانون حداً أقصى (194 - 197) 261
- II - يفرق القانون حداً أدنى (198 - 199) 265
- الفقرة 3 - القرائن (200 - 218) 267
- I - قرائن عدم التحديد (201 - 204) 268
- II - الأجل القابلة للتحديد (205 - 218) 278
- أ - القرائن القانونية (206) 280
- ب - قرينة فعل الإنسان (207 - 218) 281

293	الفصل الثاني : نظام العقود تبعاً لمديتها (219 - 262)
293	القسم الأول - العقود لمدة محددة (220 - 237)
296	الفقرة 1 - تعديل مدة تنفيذ العقد (221 - 223)
303	الفقرة 2 - التمديد الضمني (224 - 237)
307	I - مدى بند يشترط التمديد الضمني للعقد (226 - 228)
309	II - شروط التمديد الضمني (229 - 233)
317	III - نظام التمديد الضمني (234 - 237)
322	القسم الثاني : العقود لمدة غير محددة (238 - 262)
	الفقرة 1 - استعمال حق الفسخ الأحادي الجانب (244 - 248)
335	الفقرة 2 - فسخ عقود المصلحة المشتركة الأحادي الجانب (249 - 262)
336	I - نظام وكالة المصلحة المشتركة (251 - 162)
345	II - عقد المصلحة المشتركة (255 - 262)
345	أ - أصحاب الامتيازات (256 - 257)
349	ب - وكلاء الدعاية (258)
350	ج - الوسطاء التجاريون (259 - 262)
357	الفصل الثالث : إعادة النظر لعدم التوقع (263 - 317)
363	القسم الأول - التطور التاريخي (267 - 290)
363	الفقرة 1 - قبل مدونة القانون المدني (268)
364	الفقرة 2 - مدونة القانون المدني (269 - 271)
368	الفقرة 3 - بعد مدونة القانون المدني (272 - 290)
368	I - القوانين اللاحقة لمدونة القانون المدني (273 - 277)
368	أ - القوانين المؤقتة (274)
370	ب - القوانين الدائمة (275 - 277)
372	II - الاجتهاد (278 - 282)
372	أ - الاجتهاد المدني (279 - 282)

381	ب - الاجتهاد الاداري (283)
382	III - بنود التكيف (284 - 290)
383	أ - شرعية بنود اعادة النظر لعدم التوقع (285)
384	ب - البنود المسماة بنود الاختبار أو الوقاية (286 - 290)
391	القسم الثاني - النظام القانوني (291 - 304)
391	الفقرة 1 - الشروط (292 - 302)
291	I - طبيعة الظروف (293 - 300)
391	أ - ليس للحدث سمات القرة القاهرة (294 - 295)
394	ب - جدة الحدث (296 - 299)
399	ج - عدم النسبة وغياب الخطأ (300)
401	II - أهمية اختلال التوازن (301)
402	III - آونة تقدير عدم التوقع (302)
402	الفقرة 2 - العقوبات (303 - 304)
405	القسم الثالث - محاولة تركيب (305 - 317)
405	الفقرة 1 - الأساس القانوني لمعاقبة عدم التوقع (306 - 315)
405	I - محاولات التركيب وفشلها (307 - 313)
412	II - التوفيق بين المبادئ الموجهة للعقد (314 - 315)
	الفقرة 2 - ملازمة «بحكم القانون الواجب الأخذ به» لنص ذي مدى عام
415	(316 - 317)

الباب II

مجال مفاعيل للعقد

421	الفصل التمهيدي: عموميات (319 - 364)
	القسم الأول - التفريق بني المفعول الملزم للعقد وحجية الوضع القانوني الذي هو
430	مصدره (324 - 328)
439	القسم الثاني - التفريق بني الفرقاء والغير (329 - 464)

- 440 الفقرة 1 - الضريقات التقليدية بين الغير (331 - 334)
- 446 الفقرة 2 - تصنيف جديد للفرقاء وللغير (335 - 364)
- 446 I - الجدل الفقهي الحالي (336 - 341)
- 460 II - اقتراح تصنيف جديد (342 - 364)
- 460 أ - الفرقاء (343 - 358)
- 468 ب - الغير (359 - 364)

الباب الفرعي I

حجية العقد

- 475 الفصل الأول: مبدأ الحجية (366 - 427)
- 483 القسم الأول - العقود التي يكون موضوعها حقاً في دين (له) (369 - 395)
- 483 الفقرة 1 - مقياس مبدأ الحجية (370 - 379)
- 483 1 - تؤمن الحجية فعالية العقد التامة (371 - 376)
- أ - العقود التي يكون موضوعها موجب الفعل أو عدم الفعل (372 - 373)
- 483 373
- 487 ب - العقود التي يكون موضوعها نقل الدين (له) (374 - 376)
- 489 II - لا تؤمن الحجية إلا فعالية العقد التامة (377 - 378)
- 497 III - معاقبة الحجية (379)
- 498 الفقرة 2 - إعمال الحجية (380 - 395)
- 498 I - دور المعرفة (381 - 391)
- 499 أ - الحالات التي تكون فيها المعرفة غير مكترث لها (383 - 385)
- 505 ب - الحالات التي تكون فيها المعرفة شرطاً للحجية (386 - 389)
- ج - الحالات التي تكون فيها المعرفة شرطاً غير كاف للحجية (390 - 391)
- 510 391
- 515 II - محاولة تركيب (392 - 395)
- 523 القسم الثاني - العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً (396 - 427)

523	الفقرة 1 - الشروط العامة للحجية (397 - 423)
523	I - الحقوق العينية العقارية (398 - 415)
	أ - مبدأ حجية العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً عقارياً (399 - 409)
524	
533	ب - دور العلنية (410 - 415)
538	II - الحقوق العينية المادية المنقولة (416 - 422)
538	أ - نقل الملكية (417 - 419)
541	ب - رهن حيازة المنقول (420 - 422)
546	III - الخصائص غير المادية (423)
548	الفقرة 2 - مقاعيل الحجية تجاه الخلفاء الخاصين (424 - 427)
553	الفصل الثاني : الأنظمة الخاصة (428 - 561)
554	القسم الأول - العلنية القانونية للعقود (429 - 454)
554	الفقرة 1 - العقود الخاضعة للعلنية (430 - 446)
555	I - العلنية العامة والمجردة (431 - 444)
555	أ - التسجيل في السجل العمومي (432 - 442)
561	ب - النشر في إحدى الصحف (443 - 446)
562	II - العلنية الشخصية (445 - 446)
563	الفقرة 2 - معاقبة عدم وجود العلنية (447 - 454)
563	I - خيار المعاقبة (448 - 449)
564	II - مجال المعاقبة (450 - 454)
572	القسم الثاني - الغش البوليفاني (البوليفي) (455 - 503)
581	الفقرة 1 - شروط ممارسة الدعوى البوليفانية (461 - 494)
583	I - دين المدعي (464 - 468)
591	II - ضرر الدائن (469 - 479)
591	أ - التعريف التقليدي لضرر الدائن (470 - 476)

- 598 ب - تطور الاجتهاد بالنسبة إلى ضرر الدائن (477 - 479)
- 603 III - الغش البوليفاني (480 - 494)
- 606 أ - الأعمال المجانية (484 - 487)
- 609 ب - أعمال المعاوضة (أو الأعمال بموضي) (488 - 494)
- 623 الفقرة 2 - مفاعيل الدعوى البوليفانية (أو آثارها) (495 - 503)
- 623 I - التعويض عن ضرر الدائن (496 - 502)
- 623 أ - شكل التعويض (497 - 500)
- 626 ب - نطاق التعويض (501)
- 627 ج - علاقات الدائن المدعي بدائي الغير مكتسب الملكية (502)
- 628 II - مفعول الدعوى البوليفانية النسبي (503)
- 631 القسم الثالث - الصورية 504 - 561)
- 632 أ - العقود الوهمية (505 - 506)
- 633 ب - تعديل عناصر العقد الأساسية (507 - 509)
- 635 ج - اختيار الأشخاص (510 - 511)
- 638 الفقرة 1 - مفاعيل الصورية (512 - 544)
- 638 I - مفاعيل الصورية بين الفريقين (514 - 518)
- 638 أ - حياد مبدأ الصورية (514 - 518)
- 643 ب - الأثر الاستثنائي للصورية في صحة العقد (519 - 532)
- 658 II - مفاعيل الصورية تجاه الغير (533 - 544)
- 659 أ - الغير بالنسبة إلى الصورية (534 - 538)
- 665 ب - لاحجية العقد السري تجاه الغير (539 - 541)
- 669 ج - إمكانية الغير في التملك بالعقد السري (549 - 544)
- 674 الفقرة 2 - إعمال مفاعيل الصورية (545 - 561)
- 675 I - مجال الصورية (546 - 548)
- 675 أ - الصورية، إنشاء إرادي لظاهر خادع (547)

- ب - الصورية إنشاء تواطوي لاتفاق ظاهري للإرادات (548) 676
- II - التحقق من الصورية (549 - 561) 678
- أ - دعوى اعلان الصورية (550 - 555) 678
- ب - البيئة على الصورية (556 - 561) 686

الباب الفرعي I

نسيجية الرباط الإلزامي

- الفصل الأول: العقود لصالح الغير (563 - 669) 699
- القسم الأول - التمثيل الاتفاقي (أو النيابة الاتفاقية) (564 - 584) 700
- الفقرة 1 - مبادئ التمثيل الاتفاقي (565 - 571) 703
- I - أساس التمثيل الاتفاقي المتعذر إيجاداه (566 - 568) 704
- II - الاتساع الثابت للتمثيل الاتفاقي (569 - 571) 712
- الفقرة 2 - نظام التمثيل الاتفاقي (572 - 584) 721
- I - السلطة التي ينطويها الممثل (573 - 581) 721
- أ - إرادة تأهيل الممثل (574 - 579) 722
- ب - إرادة إبرام العقد (580 - 581) 728
- II - السلطة التي يمارسها الممثل (582 - 584) 729
- أ - تجاوز السلطة وإساءة استعمالها وغيابها (583) 732
- ب - ظاهر السلطة (584) 733
- القسم الثاني - الوعد بضمان موافقة الغير (585 - 600) 736
- الفقرة 1 - مرحلة الاستباق (587 - 589) 738
- I - إبرام العقد الأصلي والوعد بضمان موافقة الغير (588) 738
- II - التدخل في ذمة الغير (589) 740
- الفقرة 2 - قرار الغير (590 - 600) 741
- I - المصادقة على التعهد (591 - 597) 741
- أ - مفاعيل المصادقة (592 - 594) 742

- 744 ب - الطبيعة القانونية للمصادقة. (597 - 595)
- 746 II - عدم المصادقة على التمهيد (598 - 600)
- 750 القسم الثالث - الاشتراط لصالح الغير (601 - 669)
- 759 القسم الفرعي I - نظام الاشتراط لصالح الغير (608 - 640)
- 759 الفقرة 1 - شروط الاشتراط لصالح الغير (609 - 626)
- 759 I - الشروط المتعلقة بعلاقات المشتري بالواعد (610 - 619)
- 759 أ - مصلحة المشتري (611 - 613)
- 762 ب - وجود عقد بين المشتري والواعد (614 - 619)
- 773 II - الشروط المتعلقة بشخص الغير المستفيد (620 - 626)
- 774 أ - الأشخاص غير المحددين (621 - 623)
- 777 ب - الأشخاص المستقبليون (624 - 626)
- 781 الفقرة 2 - مفاعيل الاشتراط لصالح الغير (627 - 640)
- 781 I - العلاقات بين الواعد والغير المستفيد (628 - 636)
- 781 أ - حق الدين المباشر ضد الواعد (629 - 633)
- 791 ب - حق المستفيد يخضع لتبعية العقد الذي انشأه (634 - 636)
- 795 II - العلاقات بين الواعد والمشتري (637 - 639)
- 799 III - العلاقات بين المشتري والغير المستفيد (640)
- 802 القسم الفرعي II - الطبيعة القانونية للاشتراط لصالح الغير (641 - 648)
- 809 القسم الفرعي III - تطبيق الاشتراط لصالح الغير (649 - 669)
- 811 الفقرة 1 - التطبيقات الخاصة للاشتراط لصالح الغير (651 - 662)
- 811 I - توميع مجال المسؤولية العقدية (652 - 655)
- 814 II - الطبيعة القانونية لامكانية الاستبدال (656 - 662)
- 827 الفقرة 2 - حدود المفهوم (663 - 669)
- 828 I - حوالة الدين (664 - 666)
- 833 II - بطاقات الائتمان (أو الاعتماد) (667 - 669)

837	الفصل الثاني التنازل عن العقد (670 - 712)
842	التقسيم الأول - رد التنازل التوافقي عن العقد (672 - 694)
842	الفقرة 1 - استقلالية التنازل الاتفاقي عن العقد (673 - 677)
	I - المفاهيم المستمدة من مدونة القانون المدني لا تؤمن نقل الديون عليه
842	(674)
844	II - يفترق التنازل عن العقد عن مفاهيم قريبة (675 - 677)
847	الفقرة 2 - الطبيعة القانونية للتنازل عن العقد (678 - 694)
847	I - المفهوم الثاني (679 - 682)
847	أ - عرض النظرية الثانية (680)
850	ب - حدود النظرية الثانية (681 - 682)
851	II - المفهوم الواحد (683 - 686)
851	أ - عرض النظرية الواحدة (684)
853	ب - نقد النظرية الواحدة (685 - 686)
856	III - الحل المقترح (687 - 694)
857	أ - رد المفهوم الواحد للتنازل عن العقد (688 - 690)
861	ب - رد المفهوم ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد (691 - 694)
	القسم الثاني - نظام توافق الإرادات الموصوف «بالتنازل عن العقد» بصورة غير
867	ملائمة (695 - 708)
867	الفقرة 1 - حجبة الدفوع (696 - 701)
868	I - حجبة الدفوع الناجمة عن التنازل (697 - 699)
869	II - لاحجية الدفوع الملزمة للعقد «التنازل عنه» (700 - 701)
870	الفقرة 2 - انقضاء العقد «التنازل عنه» (702 - 708)
870	I - انقضاء العقد «التنازل عنه» الملزم «للتنازل» (703)
872	II - انقضاء العقد «التنازل عنه» بصورة لاحقة للتنازل (704 - 706)
873	III - مصير الضمانات المرتبطة بالعقد «التنازل عنه» (707 - 708)
875	القسم الثالث - التنازلات القانونية عن العقود (709 - 712)

882	الفصل الثالث: الدعوى المباشرة (713 - 841)
884	القسم الأول - مفهوم الدعوى المباشرة (714 - 774)
885	الفقرة 1 - ظهور الدعوى المباشرة وانتشارها (715 - 734)
885	I - النظرية التفسيرية للدعوى المباشرة (716 - 724)
885	أ - قبول الدعوى المباشرة (717 - 718)
890	ب - توسيع الدعوى المباشرة (719 - 721)
895	ج - تفهيم التسوية التقليدي للدعوى المباشرة (722 - 724)
898	II - النظرية الشرعية للدعوى المباشرة (725 - 729)
898	أ - عرض النظرية الشرعية (726 - 727)
901	ب - نقد النظرية الشرعية (728 - 729)
904	III - النظرية الفقهية للدعوى المباشرة (730 - 734)
904	أ - عرض نظرية مجموعات العقود (731 - 732)
907	ب - رد نظرية مجموعات العقود في مادة المسؤولية (733 - 734)
910	الفقرة 2 - الطليعة القانونية للدعوى المباشرة (735 - 774)
910	I - التحليل التقليدي (736 - 753)
911	أ - نتيجة اولى أخرى (737 - 748)
923	ب - استبدال اولى أخرى (749 - 753)
930	II - التحليل المعاصر (754 - 774)
931	أ - نظرية مجموعات العقود (755 - 762)
938	ب - محاولة نظرية جديدة: الدعوى المباشرة اولى تصحيحية مستتجة من مبدأ عدالة المعاملة (763 - 774)
951	القسم الثاني - مظاهر الدعوى المباشرة في القانون الوضعي (775 - 812)
952	الفقرة 1 - الدعاوى المباشرة في القانون العام (776 - 802)
952	I - الدعاوى المباشرة للايفاء (777 - 790)
952	أ - تفسير القانون (778 - 785)

963	ب - مستحدثات القانون (786 - 790)
970	II - الدعاوى المباشرة للمسؤولية (791 - 802)
971	أ - خلق الاجتهاد (792 - 798)
979	ب - التأكيدات القانونية (799 - 802)
980	الفقرة 2 - أنماط الإيفاء المختصرة (803 - 812)
981	I - التقليد التاريخي (804 - 808)
984	II - الاقتباس التقني (809 - 812)
987	القسم الثالث - نظام الدعوى المباشرة العام (813 - 841)
988	الفقرة 1 - الشروط المسبقة (814 - 821)
988	I - دين حائز الدعوى (815 - 817)
990	II - موضع المدين الوسيط (818)
990	III - دين المدين الفرعي (عليه) (819 - 821)
993	الفقرة 2 - الاعمال (822 - 832)
993	I - المرحلة غير القضائية (823 - 824)
994	II - المرحلة القضائية (825 - 832)
995	أ - اختصاص المدين الوسيط (821 - 827)
997	ب - تصريح المدين الوسيط لدى ممثل الدائنين (828)
998	ج - الاختصاص القضائي (829 - 832)
1003	الفقرة 3 - النتائج (833 - 841)
1004	I - حق التفضيل (835 - 840)
1008	II - لاحجية الدفوع (841)
1011	فهرس تفصيلي

